Die verbrauchbaren Sachen

im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch

unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Georg Hoffmann

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1910.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meiner Mutter
und dem Andenken meines Vaters.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Albrecht, Die Sonderstellung des Geldes in der Eigentumslehre nach gemeinem Rechte. Diss. Greifswald. 1894.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts. 2. Aufl. Straßburg 1901.

Arndts, Gesammelte zivilistische Schriften. Bd. 1. Stuttgart 1873.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. Stuttgart 1886.

Baron, Pandekten. 2. Aufl. Leipzig 1876.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 1. 1886.

Bechmann, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Akzession und von den Sachgesamtheiten. Kiel 1867.

Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. Bd. 1 u. 2. Bonn 1853.

Büldt, Der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen. Diss. Leipzig. 1904

Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch. Diss. München. 1880.

Bucher, Recht der Forderungen. 2. Aufl.

Bucholtz, Versuche über einzelne Teile der Theorie des heutigen römischen Rechts. 1831.

Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1901.

Samuelis De Cocceji, Jus civile controversum, editio nova, Tomus primus, Lipsiae in Libraria Weidmannia MDCCXCI.

Code civil, annoté et expliqué d'après la jurisprudence et la doctrine par Mm. Édouard Dalloz fils et Charles Vergé. Paris 1873/74.

Comte, Der Erwerb des Eigentums an Geldstücken durch Vermengung. Diss. Berlin. 1887.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1900.

Jacobi Cuiacii, observationum et emendationum libri XIV Coloniae Agrippinae Apud Joannem Gymnicum, anno MDLXXIIII.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen. 7./8. Aufl. 1905.

Dernburg, Kritik von „Sell, Die römische Lehre der dinglichen Rechte oder Sachenrechte. 1. Teil." In der Kritischen Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft Bd. 1. Heidelberg 1853.

Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Bd. 1. 4. Aufl. Halle 1884.

Dernburg, Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Deutschen Reichs.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 6. Aufl.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 3. 3. Aufl. Halle 1904.

Hugonis Donelli Commentarii de Jure civili, editio sexta, volumen sextum, Norimbergae apud Bauer et Raspe. MDCCCXXIII.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. u. 2. Aufl.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. Marburg 1908.

Elvers, Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Entw. I, IIa, IIb u. III.

Andreae Fachinei controversiarum iuris libri decem, Coloniae Agrippinae, Sumptibus Ioan. Gymnici et Antony Hierat. Anno MDCIV.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Erläuterungen. 7. Aufl. München 1906.

Frank, Über den uneigentlichen Nießbrauch an körperlichen Sachen. Diss. Göttingen. 1889.

Friedmann, Welche Bedeutung kommt der in den römischen Quellen anerkannten vindicatio gregis zu? Diss. Breslau. Berlin 1896.

M. Avrelii Galvani de usufructu Dissertationes variae, editio nova emendatior. Tubingae, Sumptibus Cottae MDCCLXXXVIII.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1895.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Bd. 9. Erlangen 1808.

Göppert, Über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischem Recht. Halle 1871.

Göschen, Vorlesungen über das gemeine Zivilrecht. Bd. 1. Göttingen 1838.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. Bd. 1. Abt. 2. Erlangen 1868.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 8.

Gradenwitz, Interpolationen. Berlin 1887.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl.

Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gemeinem Recht. Erlangen 1879.

Hartmann, Über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden. Braunschweig 1868.

Held, Die Lehre vom ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur. Diss. Würzburg. 1848.

Heymann, Überblick über das englische Privatrecht. In v. Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 6., der Neubearbeitung 1. Aufl. Bd. 1. Leipzig-Berlin 1904.

Hohenemser, Die Konsumtion des Geldes durch Vermischung und Verausgabung. Diss. Marburg. 1892.

v. Holtzendorff, Rechtslexikon. Bd. 3. Leipzig 1881.

Janke, Das Fruchtrecht des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers. Erlangen 1862.

v. Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 15.

Juristische Wochenschrift 1883, 1888, 1889, 1890.

Keller, Pandekten. Bd. 1. 2. Aufl. Leipzig 1867.

Knies, Zur Lehre vom wirtschaftlichen Güterverkehr, vom Gelde und vom Kredit. Freiburg 1862.

Koch, Allgem. Landrecht für die preußischen Staaten mit Kommentar. Bd. 1. 8. Aufl.

Koch, Geld und Wertpapiere, eine Besprechung der für den Bankverkehr erheblichen Bestimmungen eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Bekker und Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Heft 4. Berlin u. Leipzig 1889.

Kohler, Der Dispositionsnießbrauch. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 24.

Konopak, Institutionen des römischen Rechts. 2. Ausgabe. Jena 1824.

Kumpf, Die wirtschaftliche Natur des Darlehns. In der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 11. Jahrg. Heft 3 u. 4. Tübingen 1855.

Küntzel, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in zweiter Lesung und seine weiteren Schicksale. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 6. Folge 1. Jahrg. Heft 1 (der ganzen Reihe der Beiträge XLI. Jahrg.). Berlin 1897.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs. Bd. 2. 2. Aufl.

Leonhard, Der allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Wissenschaft. Berlin 1900.

Leonhard, Artikel: consumere. In Pauly=Wissowas Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften 7. Halbband. Stuttgart 1900.

Leske, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und das allgem. Landrecht. Leipzig 1889.

Madai, Beiträge zur Dogmengeschichte des gemeinen Zivilrechts. Riga und Leipzig 1839.

Männer, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. 2, 3 u. 4. Amtliche Ausgabe 1888.

Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Aufl.

Niemeyer, über den Eigentumserwerb am Gelde durch Vermischung. In der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 42.

Gerardi Noodt, opera omnia, tomus primus Lugduni Batavorum, apud Johannem van der Linden, Juniorem MDCCXXIV.

Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit. Abt. 3. Heidelberg 1857—1859.

Petražycki, Die Lehre vom Einkommen. Bd. 1. Berlin 1893.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch mit Erläuterungen: Familienrecht. 3. Aufl.

Puchta, Kursus der Institutionen. 10. Aufl. 1893.

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgegeben von Adolf A. F. Rudorff. Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1873/74.

Puchta, Neues Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Bd. 3. Göttingen 1835.

Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1893.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Bd. 1. Berlin 1899.

Rießer, Die rechtliche Natur des Geldwechslergeschäfts. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 20.

v. Roth, System des deutschen Privatrechts. Teil 1. Tübingen 1880.

v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. 1. Berlin 1851 u. 1853.

Schilling, Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte. Eine Kritik über Hugos Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian. Leipzig 1829.

Schilling, Pandektenrecht für Studierende. Berlin 1844.

v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 1890.

Scherer, Allgem. Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Erlangen 1897.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. Bd. 1. Leipzig 1860.

Schmidt-Habicht, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Familienrecht. München 1907.

Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht. Halle 1902.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 1. 3. und 4. Aufl.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 4. 3. Aufl. Berlin 1900.

Thibaut, System des Pandektenrechts. 8. Aufl.

Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. 1. 1876.

v. Vangerow, Pandekten. Bd. 3. Marburg u. Leipzig 1876.

Arnoldi Vinnii, Institutionum imperalium Commentarius academicus et forensis. Hebronae, sumptibus Johannis Ziegeri et Georgi Lehmanni, Bibliopol. Norimberg, Litteris Johannis Nicolai Andreae. MDCXCIX.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. Frankfurt 1906.

v. Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts. Bd. 2. 1842.

v. Wächter, Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1880.

Einleitung.

Der naturwissenschaftlich-philosophische Begriff der Verbrauchbarkeit. Der rein theoretische Begriff der Verbrauchbarkeit im wirtschaftlichen Sinne.

§ 1.

Πάντα ῥεῖ. Alles fließet. Nirgendwo im Weltganzen gibt es einen Zustand der Ruhe.

Ein ehernes Naturgesetz hat alle Dinge steten Veränderungen unterworfen. Jedoch diese Veränderungen sind in gewissem Sinne meßbar und in Regeln zu kleiden. Sie äußern sich in einer quantitativen Verringerung der Substanz, die aber andererseits auch zugleich eine qualitative Umgestaltung derselben bedeutet.

Das zur Hälfte geschmolzene Eisstück ist einerseits quantitativ um die Hälfte seines Volumens verringert, andererseits qualitativ zur Hälfte seiner ursprünglichen Masse in einen anderen Aggregatzustand übergeführt. Das Schmelzwasser wieder wird durch Einwirkung von Wärme aufgezehrt und in Dampf verwandelt. Tritt dieser wieder in kältere Regionen, so verdichtet er sich zum Niederschlag. So wird die ursprüngliche Substanz unter der Einwirkung der Naturkräfte zwar als solche verbraucht, jedoch in einen anderen Aggregatzustand über-

geführt, in welcher Gestalt sie verbleibt, bis sie wieder in ein neues Medium verwandelt wird. Ebenso wie die einmal vorhandene Energie erhalten bleibt, so geht auch die Substanz einer Sache nicht verloren, sondern wechselt nur ihre Erscheinungsform. In diesem naturwissenschaftlich-philosophischen Sinne gibt es also überhaupt keine verbrauchbaren Sachen.

Der philosophische Begriff der Unverbrauchbarkeit ist aber ein abstrakter, der nicht Bezug nimmt auf den veränderten Wert, den die Sache in der veränderten Erscheinungsform für den Menschen hat, und nur wenn und insoweit der Mensch in Beziehung zu der Sache tritt und seine Herrschaft ausübt, hat sie Bedeutung für ihn, kommt sie als Rechtsobjekt für ihn in Betracht. Das Eisstück, das in einen halb mit Wasser gefüllten Kübel getan ist, um eine Flasche Wein zu kühlen, kann, wenn es geschmolzen ist, nicht zum zweiten Male zu demselben Zwecke verwandt werden: für diesen Zweck ist es „verbraucht", wenn es auch in der Gestalt des Schmelzwassers fortbesteht. Wir sehen, auch hier gilt der Satz: „Der Mensch ist das Maß aller Dinge"; und wir können a priori sagen, daß in einem jeden Rechtssystem die praktische Verwendbarkeit, die Gebrauchsmöglichkeit einer Sache zu dem bestimmten Zwecke, die Grundlage für die Begriffsbestimmung „verbrauchbar" und „unverbrauchbar" schaffen muß.

Allerdings, welcher Unterschied besteht denn rein logisch im letzten Grunde zwischen dem Eisstück, das durch

den einmaligen Gebrauch aufgezehrt ist, und z. B. einer Eisenbahnschiene, die erst nach jahrelanger Benutzung gebrauchsunfähig wird? Beide Fälle haben doch den wesentlichen Punkt gemeinsam, daß früher oder später die Unmöglichkeit eintritt, die betreffenden Sachen noch einmal zu demselben wirtschaftlichen Zwecke zu gebrauchen. Da nun durch den Gebrauch alle Sachen ohne Ausnahme, selbst die aus den härtesten Materialien gefertigten, endlich doch einmal unfähig werden, ihren wirtschaftlichen Zwecken weiter zu dienen, so kann man von diesem Gesichtspunkte aus behaupten: Alle Sachen sind verbrauchbar.

Allein dieser Gesichtspunkt nimmt zu wenig Rücksicht auf die tatsächlichen Lebensverhältnisse. Denn wenn es auch sicher wahr ist, daß alle Gegenstände durch den Gebrauch schließlich einmal so weit abgenutzt werden, daß sie den gewollten Zwecken nicht mehr zu dienen vermögen, so ist es doch für das praktische Leben und damit auch für die Rechtsverhältnisse, die in Ansehung der Überlassung der Sache zur Benutzung begründet werden, von wesentlicher Bedeutung, ob dieser Zeitpunkt nach einmaliger Gebrauchshandlung, nach einer größeren Reihe von Handlungen oder endlich erst nach einer unzählbaren Menge von Gebrauchsakten, d. h. nach einer unbestimmt langen Gebrauchsdauer eintritt. Diese Gesichtspunkte müssen daher in einem jeden Rechtssystem die Grundlagen für die Unterscheidung der Begriffe „verbrauchbar“ und „unverbrauchbar“ bilden.

Voraussetzung für eine zweckentsprechende Einführung

des juristischen Begriffs der Verbrauchbarkeit muß aber unter allen Umständen die Rücksicht darauf sein, daß der Verbrauch einer Sache durch nichts anderes als den „Gebrauch" eingetreten ist. Der Gesichtspunkt, daß die einzelnen Sachen, je nach ihrer Eigenart, entweder durch ihre eigene Natur[1]) — also von innen heraus — oder durch äußere Einwirkungen, die ohne[2]) oder gegen[3]) den Willen des die Sache Gebrauchenden erfolgen, entsprechend schneller oder langsamer, in höherem oder geringerem Grade der Gebrauchsmöglichkeit des die Sache augenblicklich Gebrauchenden entzogen werden können, dieser Gesichtspunkt also muß ausscheiden. Denn er würde einzig und allein auf die physische Beschaffenheit der verschiedenen Substanzen Bezug nehmen.

Allein die Tatsache, daß der „Gebrauch" die Grundlage für die Einteilung der Sachen in verbrauchbare und unverbrauchbare bilden muß, genügt noch nicht. Der Begriff „Gebrauch" (durch den die Sache Gebrauchenden) ist zu subjektiv, als daß sich daraus ein Einteilungsprinzip gewinnen ließe. Denn das Wort „Gebrauch" in weiterem Sinne schließt auch schon rein begrifflich den „Mißbrauch" ein. Dieser muß aber ausgeschaltet werden.

---

[1]) Abgetrennte Früchte, die dem Verderben (Schimmlichwerden usw.) ausgesetzt sind.

[2]) z. B. Früchte auf dem Halme, die der Unbill der Witterung ausgesetzt sind.

[3]) Durch böswillige Handlungen Dritter.

Sonst würden ja auch z. B. Vasen, die dazu bestimmt sind, Blumen in sich aufzunehmen, oder Trinkgläser usw. zu „verbrauchbaren" Sachen gestempelt werden können, und zwar einfach dadurch, daß der Gebrauchende (oder besser: der Mißbrauchende) sie mutwillig vom Tische auf den Erdboden wirft, so daß sie zerschellen. Ja, welche Sachen wären auf diese Weise nicht verbrauchbar?

Durch diese Beispiele werden wir darauf hingewiesen, daß ein vom juristischen Standpunkt praktisches Einteilungsprinzip sich nur bei Zugrundelegung eines objektiven Maßstabes für den Begriff „Gebrauch" finden läßt, und daß dieser im Sinne von bestimmungsgemäßem Gebrauch gegeben ist, d. h. einem Gebrauch, der durch die Natur der Sache in Verbindung mit den Lebens- und Verkehrsgrundsätzen bestimmt wird.

Der deutsche Ausdruck „verbrauchbar" für verbrauchbare Sachen im technischen Sinne ist zwar hergebracht. Mit Recht sagt aber Windscheid[4]): „Besser sollte man sagen: verbrauchliche oder Verbrauchssachen".

Es soll nun im folgenden dargetan werden, wie de lege lata der Begriff der verbrauchbaren Sachen im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch tatsächlich ausgestaltet worden ist, und zwar wie er auf frühere Rechtssysteme Bezug genommen und andererseits sich doch ihnen gegenüber fortentwickelt hat.

---

[4]) Windscheid-Kipp, Pand. Bd. 1 S. 701 Anm. 1.

Sodann wird es unsere Aufgabe sein, ebenfalls unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung zu zeigen, welche Konsequenzen das Bürgerliche Gesetzbuch aus der Unterscheidung von verbrauchbaren Sachen für den Rechtsverkehr gezogen hat.

Erster Teil.

Der juristische Begriff der verbrauchbaren Sachen.

1. Die Verbrauchbarkeit im engeren Sinne (physische Zerstörung der Substanz).

a) Nach römischem Recht.

α) Die Aufzehrung der Substanz.

§ 2.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich bestimmt in § 92 Abs. 1: „Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht“. Zwischen Verbrauch und Veräußerung im Sinne dieses Paragraphen bestehen aber doch so wesentliche Unterschiede,[5] daß wohl nur aus redaktionellen Gründen, d. h. aus dem Prinzip möglichst knapper Darstellungsweise, das überall im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Anwendung gekommen ist, die Regelung beider Begriffe in zwei getrennten Absätzen, wie es der verschiedenen Bedeutung derselben wohl entsprochen

---

[5]) Wie unten gezeigt werden soll.

hätte, unterblieben ist. Es soll daher zuerst nur der erste Teil des Abs. 1 geschichtlich beleuchtet werden.

„Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch . . . besteht.“

Schon das römische Recht hat mit anderen Rechtssystemen und insonderheit mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch den Umstand gemeinsam, daß die Begriffsbestimmung der verbrauchbaren Sachen nicht durch eine Definition des kontradiktorischen Gegenteils, der unverbrauchbaren Sachen erfolgt.

Zur Bezeichnung des juristisch-technischen Begriffs der Verbrauchbarkeit i. e. S. bedienen sich die Quellen verschiedener Ausdrücke. So sprechen sie in § 2 J. 2, 4 von res quae ipso usu consumuntur; in der Überschrift des 5. Titels des 7. Buches der Digesten ist von den res quae usu consumunter vel minuuntur die Rede; in l. 1 eod. heißt es: res quae usu tolluntur vel minuuntur; in l. 5 § 1 eod.: res quae in abusu consistunt, res quae in subsumptione sunt, und in l. 7 eod.: res quae usu continentur. Aus diesen Quellenstellen geht hervor, daß nicht ein jeder Gebrauch genügt, sondern daß der bestimmungsmäßige Gebrauch (ipso usu) gefordert wird, und zwar muß dies immer ein Gebrauch sein, der dem Wesen der Sache entsprechend sich nicht anders als in einem Verbrauch äußern kann (usu continere, in abusu[6])

[6]) vgl. auch Göschen, Vorles. über das gem. Zivilrecht Bd. 1 S. 232: abusus hier nicht „Mißbrauch“, sondern „Verbrauch“.

consistere). Justinian führt in der l. 2 J. cit. selbst einige Beispiele an, die das Gesagte bestätigen: Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum und -esculenta, wie Jhering statt vestimenta[7]) lesen will.[8]) Das Aufgezehrtsein von Lebensmitteln ist nun sicherlich eine Folge ihres objektiv bestimmungsmäßigen Gebrauchs; ebenso kann man von odores und aromata (l. 11 D. 7, 5) nur durch Verreiben der Salben und Wohlgerüche den Nutzen ziehen, den diese Dinge durch ihre Wesenseigenart[9]) dem Menschen als den größtmöglichen gewähren können.

Ferner wird in den angeführten Quellenstellen nicht nur ein objektiv bestimmungsmäßiger Gebrauch, sondern ein solcher Verbrauch verlangt, der die Sache körperlich aufbraucht. Die Quellen sprechen, wenn man von den res quae usu minuuntur absieht, von einem consumere, tollere. Die bloße Abnutzbarkeit einer Sache ist also der Verbrauchbarkeit keineswegs gleichgestellt. Sonst würden ja auch schließlich „alle beweglichen Sachen, selbst Häuser in die Kategorie der verbrauchbaren Sachen fallen".[10])

---

[7]) Die herrschende Meinung behält vestimenta bei. Auf die hieraus resultierende Kontroverse wird unten eingegangen werden.

[8]) Jhering, Kritisches und exegetisches Allerlei Nr. 9, in den Jahrb. f. Dogm. Bd. 15 S. 401 ff.

[9]) Der Nutzen, den die angeführten Dinge auch durch den Verkauf gewähren können, ist ihnen nicht wesenseigentümlich, sondern Eigenschaft aller veräußerlichen Sachen.

[10]) Wächter, Pand. Bd. 1 S. 290.

Immer muß vielmehr der bestimmungsgemäße Gebrauch eine „Zerstörung ihrer körperlichen Integrität“[11]) zur Folge haben.

Es wird allerdings nicht verlangt, daß ein nur einmaliger Gebrauchsakt zu einer vollständigen Aufzehrung führen muß. In diesem Sinne spricht die Überschrift D. 7, 5 und l. 1 cod. von res quae usu minuuntur. Das „usu minui“ ist ein Teil des „usu consumi“: odores und aromata (l. 11 cod.) werden durch einmaligen Gebrauch nicht stets vollständig „konsumiert“, sondern nur „minuiert“. Auch Unger[12]) sagt sehr richtig: „Kerzen und Salben werden nicht stets auf einmal verbraucht, aber man kann sie nicht gebrauchen, nicht ein einziges Mal, ohne daß sie in ihrer Substanz einen merklichen Verlust erleiden“. Das usu minui trifft also den Fall, daß „die Sache zwar nicht körperlich völlig vernichtet wird, aber infolge des Gebrauchs im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht mehr als die Sache, die sie war, in Betracht kommen kann“.[13]) Insofern steht also das usu minui im Gegensatz zum usu consumi. Allein der Gegensatz ist kein prinzipiell begrifflicher, indem unter dem minui nicht ein Verschlechtern der Qualität zu verstehen ist. Dies ist unzweifelhaft die herrschende Meinung. So sagt

---

[11]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 701.

[12]) Unger, System des österr. allgem. PrivR. S. 401.

[13]) Büldt, Der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen, Leipziger Diss., S. 13.

Glück[14]): „Das ‚minui' bezieht sich nur auf die Verminderung der Quantität"; Madai[15]): „Das ‚minuere' bezeichnet eine Verringerung der Quantität, nicht der Qualität"; und Jhering[16]): „Wenn zu dem ‚consumuntur' noch der Zusatz ‚vel minuuntur' hinzugefügt wird, so ist dabei nicht an die Abnutzung zu denken, sondern an Quantitäten verbrauchbarer Gegenstände". Auch Hanausek[17]) billigt diese Meinung u. a. m.[18])

β) Die qualitative Umgestaltung der Substanz durch einmaligen Gebrauchsakt.

§ 3.

Eine Sache kann jedoch nicht nur durch sofortige oder allmähliche Aufzehrung ihrer Teile unfähig werden, dem bestimmungsmäßigen Zwecke weiter zu dienen (wie das angeführte Beispiel der Kerze und Salbe), sondern auch dadurch, daß sie eine bedeutende qualitative Umgestaltung erfährt, während ihre Substanz weiter-

---

[14]) Glück, Ausführl. Erl. der Pand. nach Hellfeld Bd. 9 S. 403.

[15]) Madai, Beitr. zur Dogmengeschichte des gem. Zivilrechts Bd. 5 S. 157.

[16]) Jhering a. a. O. S. 405.

[17]) Hanausek, Die Lehre vom uneigentlichen Nießbrauch nach gem. Recht S. 16 ff.

[18]) Als Vertreter der entgegengesetzten Meinung sei hier erwähnt Bekker, Pand. Bd. 1 S. 303.

besteht. Sachen, die eine derartige Umwandlung durch den einmaligen bestimmungsmäßigen Gebrauchsakt erfahren, wie die lana in l. 11 D. 7, 5, werden unbestritten zu den verbrauchbaren gerechnet, obwohl hier streng genommen schon eine gewisse Fiktion im Spiele ist, da dem Wortsinn nach consumere ursprünglich körperliches Aufbrauchen bedeuten muß.[19])

γ) Die abnutzbaren Sachen.

§ 4.

Man ist ferner nie darüber im Zweifel gewesen, daß Sachen, die erst nach jahrelangem Gebrauch sich qualitativ derart umgestalten, und zwar „verschlechtern", daß sie gebrauchsunfähig werden, nicht zu den verbrauchbaren Sachen zu zählen seien (z. B. ein Nachen, dessen Holz allmählich vermodert ist); aber darüber, ob zu den verbrauchbaren Sachen auch diejenigen zu zählen seien, welche zwar nicht durch einen einzigen Gebrauchsakt abgenutzt werden,[20]) wohl aber durch „verhältnismäßig wenige Gebrauchshandlungen",[21]) bestand in der gemeinrechtlichen Doktrin eine berühmte Streitfrage.

---

[19]) vgl. hierzu Leonhard, Artikel „consumere" in Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften 7. Halbbd., Stuttgart 1900, S. 1146.

[20]) Unter dem Ausdruck „abgenutzt werden" wird hier und im folgenden das Unbrauchbarwerden infolge qualitativer Verschlechterung verstanden.

[21]) Staudinger, Komm. z. BGB. 9. Aufl. Bd. 1 S. 293.

Die letzteren Sachen wollen manche zu einer Zwischengattung unter dem Namen „abnutzbare Sachen“ rechnen, so z. B. Göschen in seinen Vorl. über das gem. Zivilrecht Bd. 1 S. 232, Keller in seinen Pand. § 175 und Windscheid-Kipp a. a. O. S. 701 u. a. m.

Doch was ist mit diesem neuen Begriff gewonnen? Er ist viel zu unbestimmt, als daß er von juristischer Relevanz sein könnte;[22]) und tatsächlich knüpft die Rechtsordnung Wirkungen nur an den Unterschied von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen schlechthin an. Scheinen daher manche Sachen eine Mittelart bilden zu wollen, so muß dennoch zugesehen werden, welcher Gattung Merkmale überwiegen, so daß ihre Einreihung dann entweder unter den Begriff der verbrauchbaren oder aber unverbrauchbaren Sachen zu erfolgen hat.

Kleidungsstücke werden nun zweifellos im allgemeinen erst durch mehrmalige Gebrauchsakte „abgenutzt“.[23]) Vestimenta sind das quellenmäßige Schulbeispiel für Sachen dieser Gattung. Da auch heute der Streit, ob Kleidungsstücke zu den verbrauchbaren oder unverbrauchbaren zu zählen sind, noch nicht ganz beigelegt ist, so soll hier auf diese berühmte Streitfrage des näheren eingegangen werden.

Es muß bezüglich der rechtlichen Bedeutung der

---

[22]) vgl. auch Frank, über den eigentlichen Nießbrauch an körperlichen Sachen, Göttinger Diss., S. 21.

[23]) vgl. bezüglich der Bedeutung dieses Wortes Anm. 20.

Unterscheidung von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen hier vorweggegriffen werden, daß an verbrauchbaren Sachen ein uneigentlicher, an unverbrauchbaren aber mangels abändernder Parteivereinbarung ein eigentlicher Nießbrauch besteht. Würden nun alle einschlägigen Quellenstellen den Nießbrauch an Kleidungsstücken als einen verus ususfructus bezeichnen, so dürfte wohl kein Zweifel darüber bestehen, daß die Kleider, da für sie ein Rechtsinstitut in Betracht kommt, das für unverbrauchbare Sachen gilt, auch tatsächlich die Eigenschaft von unverbrauchbaren Sachen haben.

Nun existieren über den Nießbrauch aber zwei Pandektenstellen Ulpians und eine Institutionenstelle, welch letztere den beiden anderen direkt widerspricht:

1. a) Si vestis ususfructus legatur sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo adtritam reddideret (l. 9 § 3 D. 7, 9).

b) Et si vestimentorum ususfructus legatus sit, non sic, ut quantitatis ususfructus legatur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur; nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur (l. 15 § 4 D. 7, 1).

2. Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in servis et iumentis ceteris rebus exceptis his, quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum. Quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta (§ 2 J. 2, 4).

Ulpian redet also vom wahren, Justinian vom uneigentlichen Nießbrauch an Kleidern. Den Widerspruch hat man auf die verschiedenste Weise zu beseitigen versucht.

So behauptet Donellus,[24]) mit vestimenta habe Justinian lana oder Kleiderstoffe gemeint, er habe die res pro re et materia gesetzt. Dieselbe Ansicht scheint Hanausek[25]) zu billigen, wenn er daran erinnert, daß die l. 23 § 1 D. 34, 2 zu den „vestimenta" alles rechnet, „quae induendi praecingendi amiciendi insternendi iniiciendi incubandive causa parata sunt". Daß natürlich Kleiderstoffe durch ihren bestimmungsmäßigen Gebrauch, nämlich die Verarbeitung, aufgebraucht werden, liegt auf der Hand. Jhering[26]) schlägt, wie erwähnt, sogar vor, für vestimenta, das nur durch ein Verhören des Abschreibers in diese Stelle hineingeraten sei, „esculenta" zu lesen. Allein Jhering vermag diese Hypothese durch nichts zu beweisen, und die Ansicht, „daß die Materie, woraus Kleider gemacht werden, in den Gesetzen je vestimentum wäre genannt worden", findet Glück[27]) geradezu „unerhört". Das Ergebnis ist also, daß Justinian, wenn er in § 2 J. 2, 4 von vestimenta sprach, auch wirklich Kleidungsstücke gemeint hat.

---

[24]) Donellus, Com. de iure civile lib. 10 cap. 4 § 5.

[25]) Hanausek a. a. O. S. 18/19.

[26]) Jhering a. a. O. S. 406.

[27]) Glück a. a. O. S. 403.

Man hat daher auf die mannigfachste andere Weise die widerstreitenden Stellen zu vereinigen gesucht. Es sei hier in Kürze auf die hauptsächlichsten Versuche eingegangen.

Vinnius,[28] Noodt,[29] Glück[30] u. a. m. glauben sich berechtigt, die zitierte Institutionenstelle einfach als nicht vorhanden anzusehen, da Justinian in § 5 J. 3, 24 den usus vestimentorum aut agenti aut iumenti als völlig gleich behandle; es sei ihm bei § 2 J. 2, 4 einfach ein Irrtum unterlaufen.

Galvanus[31] hält den Willen des Testators für das Entscheidende. Wollte er einen Nießbrauch ad usum, so sei verus usus fructus, wollte er aber ein ad abusum bestellen, so sei quasi usus fructus anzunehmen.

Dieser Ansicht schließen sich im Prinzip an: Göschen,[32] Arndts,[33] Heldt,[34] Conopack,[35] Schilling[36] u. a. m. Gegen die Richtigkeit dieser Behauptung an sich läßt sich natürlich logischerweise nichts sagen; aber ist denn damit tatsächlich etwas für die Vereinigung der

---

[28]) Vinnius, Com. in instit. lib. 2, 4 § 2 ad vestim.

[29]) Noodt, D. usufructu lib. 1 cap. 20.

[30]) Glück a. a. O. S. 399.

[31]) Galvanus, Diss. variae de usufructus cap. 3 § 6.

[32]) Göschen a. a. O. § 296.

[33]) Arndts, Lehrb. d. Pandektenrechts § 181.

[34]) Heldt, Die Lehre vom usus fructus carum rerum, quae S. 45.

[35]) Conopack, Die Institution d. röm. R. § 186 not. qu.

[36]) Schilling, Lehrb. S. 193.

widerstreitenden Stellen getan? Es ist doch ganz selbstverständlich, daß für ein konkretes Rechtsverhältnis durch Vereinbarung nicht verbrauchbare Sachen als verbrauchbare behandelt werden können. Die Quellen sprechen aber doch offenbar davon, was dann geschehen soll, wenn nichts Besonderes ausgemacht ist.

Allerdings ist eine weitere Gruppe von Schriftstellern hierauf Rücksicht zu nehmen bedacht, indem sie Auslegungsregeln für den mutmaßlichen Willen geben. So ist für Puchta[37]) und Elvers[38]) die Art der vestimenta entscheidend. Aber wie wenig ist durch diesen Gesichtspunkt gewonnen. Elvers selbst gibt dies wenigstens indirekt zu, indem er sagt, daß zu einer richtigen Beurteilung in vielen Fällen „großer juristischer Takt" erforderlich sei.

Windscheid[39]) nimmt für den Fall, daß ein Nießbrauch an einem ganzen Vermögen, in welchem auch abnutzbare Sachen enthalten seien, bestellt ist, quasi ususfructus, für den Fall aber, daß der Nießbrauch an einer abnutzbaren Sache als solcher bestellt sei, verus ususfructus als gewollt an.

Dernburg[40]) meint, daß im Zweifel die Wahrscheinlichkeit für uneigentlichen Nießbrauch spreche.

Jhering[41]) hingegen ist der Ansicht, daß sowohl l. 15

---

[37]) Puchta, Vorles. über das heutige röm. R. Bd. 1 S. 403.

[38]) Elvers, Die römische Servitutenlehre S. 695.

[39]) Windscheid a. a. O. § 206 Anm. 6.

[40]) Dernburg, Lehrb. d. Pandektenrechts § 248.

[41]) Jhering a. a. O. S. 402.

§ 4, 5 D. 7, I als auch l. 9 § 3 D. 7, 9 „im Sinne ihres Verfassers für die Möglichkeit, an den Kleidern einen quasi ususfructus anzunehmen, keinen Raum lasse“. Dem muß bezüglich der Begründung aus l. 9 § 3 D. 7, 9 unbedingt zugestimmt werden. l. 15 § 4, 5 D. 7, 1 läßt jedoch m. E. sehr wohl die Möglichkeit der Begründung eines uneigentlichen Nießbrauches offen. Diese Abweichung von der Iheringschen Lehre dürfte jedoch lediglich auf das verschiedene Quellenmaterial zurückzuführen sein; las doch noch Ihering in l. 15 § 4 D. 7, 1: „. . . legatus sit, non sicut quantitatis ususfructus legetur . . .“, statt wie heute allgemein:

„. . . legatus sit, non sic, ut quantitatis ususfructus legatur“.

Jedenfalls aber bin ich mit Ihering der Meinung, daß es dem Sinne der zitierten Stellen widerstreitet, sie durch die Annahme vereinigen zu wollen, jede habe ihr besonderes Anwendungsgebiet; denn der Grundsatz besteht zu Recht:

„Lege non distinguente nec nostrum est distinguere!“

So bleibt also der Widerspruch bestehen: Die Digestenstelle spricht vom verus ususfructus, der im Zweifel an Kleidern bestellt sei, und die Institutionenstelle behauptet: „vestimenta . . . neque naturali neque civili ratione usumfructum recipiunt“.

Als was soll man daher die Kleider bezeichnen, als verbrauchbare oder als unverbrauchbare Sachen?

1. Wenn man mit Jhering die sich widerstreitenden Stellen für sich ausschließende hält, so muß man sie gegeneinander aufheben; denn die Digesten und Institutionen bilden m. E. in gewissem Sinne eine Einheit, weil Justinian sie als solche mit Gesetzeskraft belegt hat und auch die Rezeption im gleichen Sinne erfolgt ist.

Es ist dann also die Bestellung des Nießbrauchs an den Kleidern nicht geregelt, so daß man aus der Art des Nießbrauchs keine Schlüsse auf die Eigenschaft der Kleider ziehen kann.

Nun zeigt sich aber bei anderen Rechtsverhältnissen eine vollständige Übereinstimmung in der Behandlung der Kleider. So sagt Justinian in § 5 J. 3, 24:

„Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualis diligentissimus pater familias suis rebus adhibet; quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur“; und bei Ulpian heißt es in l. 5 § 8 D. 13, 6: „Quin imo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Julianus libro undecimo Digestorum scripsit ... Imo, ait, etiam furti, quoniam aliter re usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est, utitur, furti tenetur“.

In diesen beiden Quellenstellen wird also bezüglich der Miete und Leihe kein Unterschied zwischen Kleidern und den unverbrauchbaren Sachen, mit denen sie zu-

sammengestellt sind, gemacht, und der Umstand, daß für die vestimenta in obigen Quellenstellen die Institute der Miete und Leihe überhaupt freigegeben sind, dürfte für ihre Unverbrauchbarkeit sprechen, da l. 3 § 6 D. 13, 6 bestimmt: „non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompum vel ostentationem“.

2. Aber auch wenn man auf dem Standpunkt der Vereinbarkeit der sich widerstreitenden Quellen steht, so besteht nicht der Streit darüber, ob Kleider zu den verbrauchbaren oder unverbrauchbaren Sachen gehören — denn Justinian behandelt ja selbst in § 5 J. 3, 24, wie gezeigt, die Kleider als unverbrauchbare Sachen —, sondern es besteht der Streit nur darüber, ob nicht „ausnahmsweise beim Nießbrauch (aber bloß bei diesem) auf Kleider die Grundsätze von den verbrauchbaren Sachen anzuwenden seien, indem die Institutionen dies allgemein bejahen, die Pandekten dies allgemein verneinen“.[42]) Diese Ansicht wird sogar von denen bestätigt, welche im Zweifel immer quasi ususfructus annehmen. So sagt z. B. Dernburg[43]):

„Kleider sind keine Konsumtibilien“.

Auf welchen dieser beiden Standpunkte man sich also auch stellen mag, immer ergibt sich, daß bloß abnutzbare Sachen, wie Kleider, regelmäßig nicht zu den verbrauchbaren zu zählen sind.

---

[42]) Wächter a. a. O. S. 290.

[43]) Dernburg a. a. O. § 249.

b) Nach gemeinem Recht.

§ 5.

Gegenüber dem reinen römischen Privatrecht weist das gemeine Pandektenrecht bezüglich des Begriffs der Verbrauchbarkeit im allgemeinen keine wesentlichen Abweichungen auf.

Es ist zwar immerhin nicht gänzlich ausgeschlossen, daß sich im Laufe der Jahrhunderte die Verkehrsanschauung insbesondere über die Eigenschaft von bloß abnutzbaren Sachen, wie Kleider, geändert hatte. Allein wir wissen darüber nichts. Jedenfalls aber ist eine ausdrückliche Aufhebung des § 5 J. 3, 24 und der l. 5 § 8 D. 13, 6, worauf hier die Eigenschaft der Unverbrauchbarkeit der Kleidungsstücke gestützt wird, zweifellos nicht erfolgt; und wenn man der Ansicht ist, daß mangels einer ausdrücklichen Aufhebung nur solche Rechtssätze als beseitigt anzusehen sind, die sich auf ein nicht mehr praktisches Rechtsverhältnis beziehen, so muß man auch im gemeinen Recht Kleider als unverbrauchbare Sachen betrachten.

Während aber das römische Recht von den „res quae usu consumuntur vel minuuntur“ die „res quae pondere, numero mensurave constant“ (l. 2 § 1 D. 12, 1) streng schied, identifizierte wenigstens die ältere gemeinrechtliche Literatur Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit. So sagt Donellus[44]): „Quae namque res usu consumuntur,

[44]) Donellus a. a. O. lib. 10 cap. 4 § 11.

sunt eadem illae, quae pondere numero constant". Dieselbe Verwechslung der Begriffe findet sich u. a. bei Cocceji,[45] Bucher,[46] Schilling,[47] Madai,[48] Glück[49] und Mühlenbruch.[50]

Freilich hat es auch nicht an solchen gefehlt, die vor jener Begriffsverwechslung warnten, wie Bucholtz[51] und Thibaut.[52] Trotzdem sagt Böcking[53] wieder: „... die juristische Eigenschaft der Fungibilität wirkt gleich der natürlichen der Konsumtibilität, daß die Sache nicht als species zu restituieren ist".

Doch welcher Unterschied besteht nicht zwischen Fungibilien und Konsumtibilien!

Die Quellen sagen, daß Fungibilien „in genere suo functionen recipiunt per solutionen magis, quam species" (l. 2 § 1 eod.), d. h. gewisse Sachen besitzen so wenig Individualität und so viel Gattungscharakter, daß sie im regelmäßigen Verkehr durch Summen gleicher Art und Güte und gleicher Menge ersetzt zu werden pflegen. Allein es

---

45) Cocceji, ius civ. controv. ad lib. 12 tit. 1 qu. 14.

46) Bucher, Recht der Forderung 2. Aufl. § 97 S. 41.

47) Schilling, Bemerkungen über römische Rechtsgeschichte S. 58.

48) Madai a. a. O. S. 140.

49) Glück a. a. O. S. 387 ff.

50) Mühlenbruch, Lehrb. d. Pandektenrechts 3. Aufl. § 285.

51) Bucholtz, Versuche über einzelne Teile der Theorie des heutigen römischen Rechts 1831 S. 24, 25.

52) Thibaut, System 8. Aufl. § 174.

53) Böcking, Pand. d. röm. Pandektenrechts Bd. 2 S. 255.

ist doch ohne weiteres klar, daß nicht alle vertretbaren Sachen auch verbrauchbar sind. Man denke nur an eiserne Nägel, Bücher usw., die zwar zu den vertretbaren, keineswegs aber auch zu den verbrauchbaren Sachen zählen. Anlaß zur Verwechslung beider Begriffe hat ohne Zweifel der Umstand gegeben, daß unstreitig in den meisten Fällen die verbrauchbaren Sachen auch zu den vertretbaren gehören. Jedoch auch dies ist nicht unbedingt nötig. So wird man z. B. „einem Kunstwerk von Konditorware", einer „nur in einem Exemplar von ihrem Erfinder hergestellten eigentümlichen Essenz oder Salbe"[54]) die Individualität nicht absprechen können. Ferner ist auch z. B. das letzte Faß Wein eines besonders guten Jahrgangs als eine unvertretbare Sache zu erklären. Denn sehr richtig bemerkt Bürkel[55]): „Die Blume und die Wirkung dieses Weins verleihen demselben einen individuellen Charakter".

c) Nach deutschem Privatrecht.

§ 6.

Das in Deutschland rezipierte fremde Recht hatte jedoch nur subsidiäre Geltung: Das in den Stadt- und Landrechten niedergelegte deutsche Privatrecht ging vor. Doch dieses Recht deutschen Ursprungs war eben nur Partikularrecht, d. h. ein Recht, dessen Anwendbarkeit

---

[54]) vgl. Goldschmidt, Handb. d. Handelsrechts Bd. 1 S. 544.

[55]) Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch S. 12.

nicht über das Geltungsgebiet der partikularrechtlichen Quellen hinausreichte.

Es ist nun allerdings nicht Aufgabe dieser Arbeit, dem Begriff der Verbrauchbarkeit in all diesen Einzelquellen nachzuspüren; nur so viel soll gesagt werden, daß sich eine Definition dieses Begriffes nirgends vorfindet. Dies ist aber auch um so weniger zu erwarten, als es das deutsche Privatrecht zu einem wahren Rechtssysteme nie gebracht hat. Die Quellen zeigen nur eine Regelung einzelner Rechtsinstitute, ohne die hierbei leitend gewesenen verbindenden Grundsätze bloßzulegen. Trotzdem steht aber zweifellos fest, daß auch dem älteren deutschen Privatrecht die Begriffe der Verbrauchbarkeit und Unverbrauchbarkeit bekannt waren, und daß als verbrauchbar diejenigen Sachen galten, „deren Gebrauch nur mit der Zerstörung ihrer Substanz möglich ist".[56]

Hinsichtlich der Rechtswirkungen war jedoch im deutschen Recht diese Unterscheidung von untergeordneter Bedeutung. Daher übergehen denn auch die meisten Schriftsteller des deutschen Privatrechts diese Einteilung mit Stillschweigen. So sagt z. B. Stobbe,[57] der ebenfalls zwischen verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen nicht unterscheidet: „Es werden hier nur diejenigen Einteilungen von Sachen behandelt, welche für das Privatrecht von besonderem Interesse sind".

---

[56]) v. Roth, System des deutschen Privatrechts Bd. 1 S. 428.

[57]) Stobbe, Handb. des deutschen Privatrechts Bd. 1 2. Aufl. S. 520 Anm. 1.

d) Nach den Kodifikationen um die Wende des 18. Jahrhunderts, insbesondere den ausschließenden Gesetzbüchern.

§ 7.

Von den ausschließenden Gesetzbüchern, die seit Ende des 18. Jahrhunderts erlassen wurden, hat für uns das allgem. Landrecht für die preußischen Staaten v. 5. 2. 1794, mit Gesetzeskraft v. 1. 6. 1794, die meiste Bedeutung. Es bestimmt in I, II §§ 120 u. 121:

> „Sachen, welche ohne ihre Zerstörung ...[58]) den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können, werden verbrauchbar genannt"; und
>
> „Wenn verbrauchbare Sachen jemand zum Verbrauch vergönnt[59]) werden, so geschieht die Wiedererstattung in Sachen von gleicher Gattung und Güte".

Wenn man die Zeit der Entstehung des preuß. Landrechts, wo die fungiblen mit den konsumptiblen Sachen ganz allgemein für einerlei gehalten wurden, berücksichtigt, so kann es nicht weiter verwundern, wenn die beiden zitierten Paragraphen tatsächlich nicht nur die res quae usu consumuntur, sondern vermutlich auch die res quae pondere, numero, mensurave consi-

---

[58]) Die Bedeutung der fortgelassenen Worte „oder gänzlicher Verlust" wird weiter unten gewürdigt werden.

[59]) Dieser systematisch nicht hierher gehörige Paragraph findet doch schon hier Erwähnung, weil er sichere Rückschlüsse auf die Begriffsbestimmung gestattet.

stunt mit in sich schließen.[60]) Dies erhellt besonders aus der im § 121 eod. behandelten Wirkung. Diese tritt nämlich nicht bloß bei den verbrauchbaren Sachen, sondern bei „allen fungiblen Sachen" ein, „wie vor allem das Geld zeigt".[60])

Auch in Preußen bestand Streit und Ungewißheit in Theorie und Praxis über die Natur derjenigen Sachen, die durch verhältnismäßig wenige Gebrauchshandlungen abgenutzt werden.

Durch das preuß. Stempelsteuergesetz v. 31. 7. 1895 sind diejenigen Sachen befreit, „die zum unmittelbaren Verbrauch in einem Gewerbe" bestimmt sind,[61]) während durch das Reichsstempelgesetz v. 1. 7. 1881 „die zum Gebrauche als gewerbliche Betriebsmaterialien bestimmten Sachen" befreit waren. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte diesen Begriff zum Teil eng interpretiert, so daß abnutzbare Sachen, insbesondere auch Eisenbahnschienen und Schwellen, wie entsprechend auch Grubenhölzer für Bergwerke, nicht darunter zu bringen seien. Vgl. die RGE. v. 1. 2. 1883, IV, 509/82; v. 1. 2. 1883, IV, 532/82;[62]) v. 17. 3. 1888, II, 336/87.[63])

Allerdings sind dann in der ersten Hälfte des Jahres 1889 eine Reihe von Entscheidungen des Reichsgerichts

---

[60]) vgl. Koch, ALR. für die preuß. Staaten mit Komm. Bd. 1 8. Aufl. S. 116.

[61]) Das Gesetz vermeidet den Ausdruck „verbrauchbare Sachen".

[62]) Abgedr. JurW. 1883 S. 125.

[63]) Abgedr. JurW. 1888 S. 186.

in entgegengesetztem Sinne ergangen. Vgl. die Entsch. v. 18. 3. 1889, IV, 335/88;[64]) v. 15. 4. 1889, IV, 23/89; v. 9. 5. 1889, IV, 39/89; v. 31. 5. 1889 III, 78/89 u. III, 79/89.[65]) Und durch ein Reskript des Finanzministers v. 15. 7. 1889 wurden die Provinzialsteuerdirektoren angewiesen, sich dieser neueren Rechtsprechung zu fügen. Hierbei wurde aber betont, daß diese von der bisherigen, auch von früheren Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe gebilligten Auffassung, wonach „zu den gewerblichen Betriebsmaterialien im Sinne der angeführten Gesetzesvorschrift (das ist Gesetz v. 1. 7. 1881) nur verbrauchbare Gegenstände zu rechnen seien", abweiche und, was Eisenbahnschienen und Schwellen betreffe, mit der ausdrücklichen Bemerkung in den Motiven des Gesetzes v. 1. 7. 1881 in Widerspruch stehe.[66])

Manche haben nun in dem preußischen Gesetz keine Abweichung gegenüber dem Reichsgesetz erblicken wollen: Dafür, daß die Worte „die zum unmittelbaren Verbrauche in einem Gewerbe bestimmt sind" einen anderen Sachbegriff haben aufstellen wollen, biete auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes von 1895 keinen Anhaltspunkt.

Wie aber in der RGE. v. 9. 5. 1899[67]) sehr richtig ausgeführt wird, kann diese Rechtsauffassung nicht ge-

---

[64]) Abgedr. JurW. 1889 S. 163.

[65]) Abgedr. JurW. 1889 S. 291.

[66]) JurW. 1899 S. 427.

[67]) JurW. a. a. O. S. 427.

billigt werden. Die deutsche Sprache scheidet die Ausdrücke „Gebrauch und Verbrauch“ in dem Sinne, daß unter Verbrauch ein Gebrauch, der mit der Zerstörung des Wesens der benutzten Sache verbunden ist, verstanden wird; und es wird sich nicht leugnen lassen, „daß in Anwendung dieser richtigen Sprachweise Eisenbahnschwellen zum Gebrauch und nicht zum Verbrauch dienen sollen“. In Wahrheit sollte eben vielmehr durch die Fassung des preuß. Stempelgesetzes dem Streite die Spitze abgebrochen und „im Sinne der von der Finanzverwaltung vertretenen Auffassung“[68]) erledigt werden.

Doch kehren wir zu den Kodifikationen zu Anfang des 19. Jahrhunderts zurück!

Auch in dem code civil von 1804, der nicht nur auf den linken Rheinufer, sondern zeitweise auch auf rechtsrheinischen deutschen Gebietsteilen in Kraft war, findet sich diese Verwechslung der Begriffe „vertretbar und verbrauchbar“ (vgl. Art. 1874); ebenso in dem österr. allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811, und zwar in den §§ 301, 971, 983.

Das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch spricht in § 61 von vertretbaren und in § 623 von verbrauchbaren Sachen, scheint also beide Begriffe auseinanderzuhalten.[69])

---

[68]) JurW. a. a. O. S. 427.

[69]) Von ausländischen Gesetzbüchern sei hier erwähnt das holländische Wetboek, das nur verbrauchbare Sachen kennt (vgl. Art. 561, 1791 ff.).

e) Nach dem Recht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

§ 8.

So litt denn der Begriff der verbrauchbaren Sachen in den in Deutschland geltenden Rechten an großer Unklarheit und Verschwommenheit. Erst als das neue Deutsche Reich erstanden und durch die lex Lasker im Jahre 1873 die Kompetenz des Reichstages auf das gesamte Privatrecht ausgedehnt war, konnte auch dieser juristisch-technische Begriff einheitlich geregelt werden. Zunächst sind in allen Entwürfen und in der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von den verbrauchbaren in einem besonderen Paragraphen[70]) die vertretbaren Sachen streng geschieden, und damit ist die Höhe des juristischen Niveaus, auf dem das römische Recht schon vor zwei Jahrtausenden stand, wieder erreicht.

Der bayer. Entw. I hatte in Art. 164 besondere Rücksicht auf die durch den Gebrauch hervorgerufenen verschiedenen Folgen genommen: So waren verbrauchbare Sachen im engeren Sinne „jene beweglichen Sachen, welche ohne Vernichtung, Umwandlung oder wesentliche Veränderung ihrer Substanz ... nicht ihrer Bestimmung gemäß gebraucht oder verwendet werden können".[71])

Der im Jahre 1887 dem Reichskanzler überreichte Entwurf 1. Lesung verzichtete zugunsten knapperer Dar-

---

[70]) BGB. § 91; Entw. I § 779; Entw. II § 776; Entw. III § 87.

[71]) vgl. auch den hess. Entw. II, 1 Art. 10.

stellung auf diese Unterscheidung, hob aber andererseits nicht mit voller Schärfe das Erfordernis des objektiv bestimmungsmäßigen Gebrauchs hervor, denn der Entw. I bezeichnet in § 780 als verbrauchbar im engeren Sinne „diejenigen beweglichen Sachen, welche durch Verbrauch genutzt zu werden pflegen". Aber schon im Entw. II und in der sogen. Bundesratsvorlage ist in § 77c bezw. § 88 diese Forderung des bestimmungsmäßigen Gebrauchs klar aufgestellt, und die sogen. Reichstagsvorlage und die endgültige Fassung lauten in § 88 bezw. § 92 übereinstimmend: „Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch . . . besteht".

Was schon das römische Recht durch das „ipso usu consumi" bezeichnet, das Verbrauchtwerden nicht etwa „durch persönliche Laune des Eigentümers",[72]) sondern durch einen Gebrauch, der durch die Natur der Sache in Verbindung mit den Lebens- und Verkehrsgrundsätzen bestimmt wird, dies Erfordernis, von dem man in keinem der erwähnten Rechtssysteme je abgelassen, es hat also auch im Bürgerlichen Gesetzbuch seinen klaren Ausdruck gefunden. Des ferneren wird hier verlangt, daß die Zerstörung oder doch erhebliche Entwertung der Sache bezw. deren qualitative Umgestaltung durch einen einzigen Gebrauchsakt erfolgen muß. So halten die

---

[72]) Crome, System des bürgerl. R. S. 297.

Motive,[73]) die in Abweichung von der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht die „res quae usu minuuntur“ als bloß abnutzbare Sachen interpretieren, d. h. als Sachen „bei welchen die Zerstörung eine allmählich eintretende unerwünschte Nebenfolge“ ist, eine Legaldefinition der Abnutzbarkeit, wie sie der bayer. Entwurf in Art. 164 Satz 2 gibt, für entbehrlich: die Unterscheidung beider Kategorien ergebe sich von selbst, wenn das Gesetz sage, was unter verbrauchbaren Sachen zu verstehen sei. Der gemeinrechtliche Streit, der darüber bestand, ob zu den verbrauchbaren Sachen auch diejenigen gehörten, die durch verhältnismäßig wenige Gebrauchshandlungen abgenutzt werden, ist also in negativem Sinne entschieden: „Die Abnützung durch Gebrauch kommt nicht in Betracht“,[74]) „Abnutzbarkeit ist im Gesetzbuche der Verbrauchbarkeit nicht gleichgestellt“.[75])

Cosack[76]) rechnet allerdings Arbeitskleider zu den verbrauchbaren Sachen. Crome[77]) hingegen betrachtet wiederum alle Kleider schlechthin ebenso wie Arbeitsgeräte und Bücher als unverbrauchbare Sachen. Beider Ansichten dürften jedoch, wenigstens so vorbehaltslos, wie sie geäußert sind, nicht richtig sein. Treffend widerlegt Staudinger[78])

---

[73]) Mot. Bd. 3 S. 34/35.

[74]) Männer, Das Sachenrecht nach BGB. S. 9 Anm. 18.

[75]) Leonhard, Der Allgem. Teil des BGB. S. 176.

[76]) Cosack, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 3. Aufl. S. 139

[77]) Crome a. a. O. S. 297.

[78]) Staudinger a. a. O. S. 293.

die erste Meinung, wenn er sagt: „Auf die mehr oder minder hohe Abnutzbarkeit, wenn überhaupt einmal eine Mehrheit von Verbrauchsakten zum Verbrauche nötig wäre, kann es nicht ankommen, da sonst die Grenzlinie unkenntlich würde“.

Crome dagegen hat insofern zweifellos recht, als Kleider meistens unter den Begriff der „abnutzbaren“ [79]) Sachen fallen werden. Wenn er jedoch schlechthin von Kleidern spricht, so fallen unter diesen Begriff auch solche Kleidungsstücke, die durch einen einmaligen Gebrauchsakt verbraucht werden, wie weiße Handschuhe, dünne Maskenanzüge, Papierkragen usw. Diese Dinge müssen natürlich unter den Begriff der verbrauchbaren Sachen eingereiht werden. Die Grenze zwischen verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen ist also insofern „flüssig“,[80]) als es bei vielen Sachen Frage des Einzelfalles sein wird, ob sie durch einen einzigen oder mehrere Gebrauchsakte abgenutzt werden. Schließlich wird man mit Leonhard[81]) auch solche Sachen, die schon durch einen einzigen Gebrauchsakt qualitativ so beeinträchtigt werden, daß der Anstand die Benutzung derselben Sache durch mehrere Herren verbietet (z. B. bei Leibwäsche oder Zahnbürsten u. dgl.), zu den verbrauchbaren Sachen rechnen dürfen.

---

[79]) vgl. Anm. 20.

[80]) Fischer in Fischer-Henle, Komm. z. BGB. S. 43.

[81]) Leonhard a. a. O. S. 176.

2. Die Verbrauchbarkeit im weiteren Sinne (Ausschluß der Vindikation).

a) Nach römischem Recht.

α) Ausschluß der Vindikation vermöge allgemeinen Rechtssatzes.

§ 9.

Außer diesem bisher behandelten engeren Begriffe der Verbrauchbarkeit gibt es jedoch im juristisch-technischen Sinne noch einen erweiterten Begriff derselben. So sagt § 92 BGB.:

„Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht".

Es soll hier auf den Entwicklungsgang dieses Begriffes des näheren eingegangen werden.

Schon im römischen Recht ist das Geld mit den verbrauchbaren Sachen zusammengestellt worden. So sagt Justinian in § 2 J. 2, 4, wo er einzelne Konsumtibilien aufzählt: „Quibus proxima est pecunia numerata", und in sehr vielen anderen Quellenstellen wird das Ausgeben von Geld mit „consumere pecuniam" bezeichnet.

So Gaius II, 280: § 2 J. 2, 8; l. 24 § 4 D. 4, 4; l. 32 D. eod.; l. 34 D. eod.; l. 23 pr. D. 5, 3; l. 25 § 1 D. eod.; l. 25 § 1 D. 7, 1; l. 5 §§ 1 u. 2 D. 7, 5; l. 11 § 2 D. 12, 1; l. 12 eod.; l. 13 pr. §§ 1 u. 2 eod.; l. 14 eod.; l. 18 pr. u. § 1 eod.; l. 31 § 1 eod.; l. 9 § 2 D. 14, 6; l. 81 D. 23, 3 usw.

Justinian begründet dies, indem er in § 2 J. 1 cit. sagt: „Quia in ipso usu assidua permutatione quodam-

modo extinguitur". Nun gehört aber „unser Metallgeld zu den dauerhaftesten, unzählige Male dem Gebrauch unterliegenden Sachen".[82])

Jedoch sehr richtig bemerkt Windscheid[83]): Justinian habe mit jenen Worten durchaus nicht die „allmähliche Abnützbarkeit der einzelnen Geldstücke" bezeichnen wollen. Wir können daher mit Recht fragen: Wie kommt man dazu, Geld als verbrauchbare Sache zu bezeichnen, wo es doch „durch seinen Gebrauch nicht aufhört, fortzubestehen, sondern nur ausgegeben wird"?[84])

Goldschmidt[85]) antwortet: Metallgeld ist eine verbrauchbare Sache, „weil es Tauschmittel, daher zum Umlauf bestimmt ist, und sein naturgemäßer Gebrauch in dem Ausgeben — Vertauschen oder Ausleihen — besteht".

Windscheid[86]) sagt: „Geld ist verbrauchbar, indem es nicht gebraucht werden kann, ohne für den Gebrauchenden unterzugehen".

M. E. jedoch erklären beide Äußerungen die Tatsache, weshalb man das Ausgeben des Geldes pecuniam con-

---

[82]) Regelsberger, Pand. S. 381.

[83]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 701.

[84]) Kumpf, Die wirtschaftliche Natur des Darlehns, in der Zeitschr. f. d. ges. Staatsw. 11. Jahrg. 3. u. 4. Heft S. 492.

[85]) Goldschmidt, Handb. d. HR. Bd. 1 Abt. 2 S. 1141.

[86]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 701.

sumere nennt, sehr wenig. Consumere bedeutete, wie wir oben gesehen haben, das Aufzehren der Substanz oder eine qualitative Umgestaltung derselben. Es handelte sich also immer um einen auch für jeden Unbeteiligten sinnlich wahrnehmbaren Vorgang bezüglich der Substanz; es ist nur eine Bestätigung des eben Gesagten, wenn Goldschmidt[87]) fortfährt: „Allein während jede andere Sache mit ihrer Konsumtion in ihrer bisherigen Gestalt wenigstens untergeht, wird das Geld nur für den Ausgebenden, nicht allgemein, konsumiert, bleibt vielmehr als Tauschmittel am Markt".

Die Konsumtion im eigentlichen Sinne war aber ferner die Folge eines solchen Gebrauchs der Sache, der dem der Sache von Natur innewohnenden Zweck entsprach. Geld ist jedoch, wie Knies[88]) ausführt, nicht nur Tauschmittel, sondern auch „Wertaufbewahrungs- und Werttransportmittel". Allerdings muß zugegeben werden, daß in den weitaus meisten Fällen das Ausgeben der bestimmungsmäßige Gebrauch des Geldes ist. Jedenfalls aber sehen wir: Die Voraussetzungen, die das Recht an den Begriff der Verbrauchbarkeit im engeren Sinne geknüpft hat, treffen beim Gelde nicht zu. Wenn also trotzdem das Geld verbrauchbar genannt wird, so muß es sich um eine, wenn auch weniger zum Bewußt-

---

[87]) Goldschmidt a. a. O. S. 1142.

[88]) Knies, Zur Lehre vom wirtschaftlichen Güterverkehr, vom Gelde und vom Kredit Abt. 1.

sein kommende, Fiktion handeln. Dies haben auch die Römer selbst sicher schon erkannt, indem sie sagten: pecunia ... in ipso usu assidua permutatic ne quodammodo extinguitur.[89])

Freilich ist ein wesentlicher Vergleichspunkt zwischen beiden Arten des Verbrauchs darin zu finden, daß sowohl beim Verbrauch im engeren als auch beim Verbrauch im weiteren Sinne für denjenigen, welcher von der verbrauchbaren Sache den bestimmungsmäßigen Gebrauch gemacht hat, die Unmöglichkeit eintritt, die Sache noch einmal zu demselben wirtschaftlichen Zweck zu gebrauchen. Vom subjektiven Gesichtspunkte aus besteht also kein Unterschied. Da nun für den Einzelmenschen die Sachen nur so lange in Betracht kommen, als er nicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen die Herrschaft über sie verloren hat, so ist es berechtigt, wenn die Rechtsordnung den Begriff der Verbrauchbarkeit auf diejenigen Sachen ausdehnt, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung besteht. So sagt Justinian mit Recht, indem er sich doch des Unterschiedes bewußt bleibt: den verbrauchbaren Sachen „proxima est pecunia numerata“.

Auch heutzutage ist ja die landläufige Redewendung für Geld ausgeben Geld „verbrauchen“.[90]) Allein das Wort consumere betont viel mehr das körperliche Ver-

---

[89]) vgl. u. a. Hohenemser, Die Konsumtion des Geldes S. 76.
[90]) vgl. Leonhard a. a. O. S. 176.

nichten als das deutsche Wort verbrauchen.[91][92]) So sagt die l. 45 § 8 D. 9, 2: Flamma consumta est (sc. homo), l. 19 § 6 D. 19, 2: incendio consumpta (sc. insula), l. 3 D. 48, 19: mulier consumenda damnata. Jedenfalls weist Gradenwitz[93]) mit Recht auf das Anstößige der Verbindung „pecunia vel aliae res quae in abusu consistunt“ hin.[94]) Denn Geld wird nie physisch aufgezehrt, sondern schwindet nur aus dem Vermögen des Veräußernden. Diesen objektiven Unterschied des Verbrauchs im engeren und weiteren Sinne kann man in Ansehung der praktischen Bedeutung dahin zusammenfassen: Jene Art des Verbrauchs hat für jeden, diese nur für die betreffende Einzelperson, die die Gebrauchshandlung vornahm, die Unmöglichkeit zur Folge, dieselbe Sache noch einmal zu dem wirtschaftlich bestimmungsmäßigen Zwecke zu gebrauchen.

Infolge des Verbrauchs tritt für den bisherigen Eigentümer der Gebrauchssache diese Aufhebung der wirtschaftlichen Funktionen in jenem Falle kraft Naturnotwendigkeit ein, in diesem aber kraft Rechtssatzes.

Immer dann also, wenn der Verlust des Geldes nur augenblicklicher Natur ist, d. h. wenn kein Rechtssatz

---

[91]) Leonhard a. a. O. S. 176 Anm. 1.

[92]) Hohenemser a. a. O. S. 74.

[93]) Gradenwitz, Interpolationen in den Pand. S. 27 ff.

[94]) Gradenwitz hält es deshalb möglicherweise für eine Interpolation der Kompilatoren.

der Wiederverschaffung desselben entgegensteht, liegt ein Verbrauch nicht vor. Hat z. B. der Mündel ohne auctoritas interpositio des Vormunds gezahlt, so liegt in diesem Ausgeben des Geldes keine Konsumtion, da es vindiziert werden kann. So sagt l. 14 § 8 D. 46, 3: pupillum sine auctoritate tutoris nec solvere posse palam est; sed et si dederit nummos, non fient accipientis, vindicarique poterunt. Diesen Zustand, in dem sich dann das ausgegebene Geld befindet, bezeichnet man, wie aus folgenden übereinstimmenden Stellen: § 2 J. 2, 8; l. 11 § 2 D. 12, 1; l. 29 D. 12, 6; l. 24 § 2 D. 45, 5; l. 3 C. 4, 9; l. 8 C. 4, 34 zu entnehmen ist, im Gegensatz zur Konsumtion mit „exstare nummos".

„Verbraucht" ist das Geld also nur dann, wenn es nicht vindiziert werden kann.

Schon Cujacius[95]) führt aus: „consumpti sunt [nummi], qui domino consumpti sunt, qui domino perierunt, quorumve nomine nulla domino actio, petitio, persecutio est", und in demselben Kapitel: iure consumpti videntur nummi, quia vindicari non possunt. Ebenso sagt v. Savigny[96]): Geldstücke „sind endlich im juristischen Sinne verbrauchbar, indem ihr wahrer und richtiger Gebrauch in dem Ausgeben besteht, welches in der Regel jede fernere Verfolgung des früheren Eigen-

---

[95]) Cujacius, observat. et emendat. lib. 13 cap. 28.

[96]) v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 1 § 42 S. 440.

tums an demselben unmöglich macht, als wenn sie körperlich aufgezehrt wären".

Dieser Rechtssatz, welcher die Vindikation ausschließt, stellt sich einmal dar als lex generalis und zweitens als lex specialis.

Wenn nämlich seitens eines dazu Berechtigten „donandi, obligandi oder solvendi animo" Geld ausgegeben ist, so treten die allgemeinen Bestimmungen in Kraft, nach welchen die Vindikation ausgeschlossen ist. Durch mancipatio bezw. im späteren Recht traditio ist das Eigentum übergegangen.

Dieses Ausgeben im angegebenen Sinne bezeichnen nach herrschender Ansicht die Quellen in erster Linie als Konsumtion.

Janke[97]) u. a. leugnet hingegen, daß damit schon eine Konsumtion eingetreten sei, sondern erst dann, wenn die nummi des Ausgebenden mit den Geldstücken des Empfängers „mixti, ut discerni non possunt" wären; erst dann höre im juristischen Sinne ihre Existenz als einzelne für sich selbständige Gegenstände auf, erst dann seien sie rechtlich ihrer Individualität nach untergegangen, konsumiert, weil sie erst dann nicht mehr herauserkannt werden könnten. Janke hält also für den Eintritt der Konsumtion eine äußerlich wahrnehmbare Lageveränderung der nummi (das Unkenntlichwerden des ein-

---

[97]) Janke, Der Fruchterwerb des redlichen Besitzers und des Pfandgläubigers S. 110.

zelnen Geldstücks als Individuum in der Menge) für erforderlich; so stellt er schließlich die Behauptung auf, daß nur das physische Verzehren und Verbrauchen in der römischen Rechtssprache mit consumere bezeichnet worden sei.[98])

Dies ist aber unrichtig: dem Umstand, daß es praktisch gleichgültig ist, ob eine Sache aus tatsächlichen (Verzehrung) oder rechtlichen Gründen (Ausschluß der Vindikation) aus dem Herrschaftsbereich des Einzelmenschen schwindet, tragen die Quellen sehr wohl auch im Ausdruck Rechnung. So heißt es in l. 3 D. 25, 2: „Res quas mulier comederit, vendiderit, donaverit qualibet ratione consumpserit.[99])

β) Ausschluß der Vindikation vermöge besonderen Rechtssatzes.

§ 10.

Aber auch dann, wenn eine ununterscheidbare Vermischung mit dem Gelde eines anderen selbst ohne Wissen oder gegen den Willen sowohl des Eigentümers als des Vermengungsempfängers stattgefunden hat, tritt der Ausschluß der Vindikation kraft besonderen Rechtssatzes ein. In l. 78 D. 46, 3 äußert sich Javolenus (lib. XI ex Cassio) folgendermaßen: Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius, cuius fuerunt:

---

[98]) Janke a. a. O. S. 117.

[99]) vgl. auch Leonhard, Artikel „consumere" in Pauly-Wissowas Realenzyklopädie der klassischen Altertumswissenschaften 7. Halbbd., Stuttgart 1900, S. 1146.

si mixti essent, ita ut discerni non possunt, eius fieri qui accepit, in libris Gaii scriptum est, ita ut actio domino cum eo qui dedisset furti competere. Mit dem Momente der ununterscheidbaren Vermischung selbst erlischt also das Eigentum am Gelde.

Dies ist durchaus nur ein Ausnahmegesetz, das nur für das Geld Gültigkeit hat. Wenn z. B. Getreide zufällig oder wider Willen des anderen vermengt wird, so tritt kein Eigentumsverlust ein, sondern es ist eine Vindikation, wenn auch eine modifizierte Vindikation mit quantitativer Bezeichnung des Objekts zulässig. Dies besagen folgende beiden Quellenstellen: l. 28 J. 2, 1: (frumentum) ... quod si casu it miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant nec magis istis casibus commune fit frumentum quam grex communis esse intellegitul, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint; und l. 5 pr. D. 6, 1: Ulpianus libro XVI ad edictum:

Idem Pomponius scribit: si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit, competit singulis in rem actio, in quantum paret in illo acervo suum cuique esse.

aa) Widerlegung der Ansicht derjenigen, welche diese Sonderstellung des Geldes leugnen.

§ 11.

Allein es hat nicht an Juristen gefehlt, welche den Begriff der Verbrauchbarkeit des Geldes nicht so weit aus-

gedehnt wissen wollten, daß es durch ununterscheidbare Vermischung schlechthin konsumiert würde.

So will z. B., um nur einen anzuführen, Donellus[100]) die zitierten Quellenstellen durch die Annahme vereinigen, daß die verschiedene Behandlungsweise des Geldes und des Getreides in l. 78 cit. bezw. l. 5 D. und 28 J. cit. sich daraus erklären, daß die l. 78 iustus titulus und bona fides voraussetze, während bei den beiden anderen Stellen mala fides bezüglich der Vermengung vorausgesetzt sei.[101])

Diese Annahme ist jedoch durchaus willkürlich und quellenwidrig.

Von den neueren Juristen verlangt Bekker[102]) eine „restriktive Interpretation“ der l. 78 cit. Er führt zur Erläuterung folgende Beispiele an:

1. „Hundert nummi des A sind von dem Besitzenden E mit fünf eigenen zusammengeschüttet, bei keinem einzelnen Stück ist zu sagen, ob es dem A oder dem E gehöre, aber von dem ganzen Haufen gehören 100 dem A; ich gebe ihm die Vindikation“.

2. „E hat 100 nummi des A mit 50 nummi des B vermischt, im Fache liegen nun 150 ununterscheidlich; Vindikation des A und des B nach Analogie von fr. 3 § 2, fr. 5 pr. 6, 1 – in beiden vorgedachten Fällen habe

---

[100]) Donellus a. a. O. Kap. 4, 22.

[101]) vgl. auch Fachineus, controv. iuris lib. 11 Kap. 51 und die dort angeführten älteren Schriftsteller.

[102]) Bekker, Pand. Bd. 1 § 75 Beil.

E von dem vermischten Gelde je 20 nummi ausgegeben". Auch hier will **Bekker** die Vindikation, obwohl der einzelne Anspruch des A auf $86\,{}^{2}/_{3}$ und der des B auf $43\,{}^{1}/_{3}$ geht, zulassen.

Es muß jedoch gesagt werden, daß eine solche Behandlungsweise sich schwerlich aus der l. 5 cit. rechtfertigen läßt.[103])

Niemeyer[104]) endlich glaubt die Bestimmung der l. 78 cit. mit der utilis rei vindicatio in quantum der beiden anderen Stellen „vereinigen" zu können. **Pomponius** und **Ulpian** seien in l. 5 cit. möglicherweise von folgender Auffassung ausgegangen: Da die Klage nicht „in id, quod in illo acervo suum esse paret" ginge, sondern „in quantum ...", so sei trotz Zulassung der utilis rei vindicatio die Auffassung nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte Eigentümer geworden sei, und zwar im Augenblicke der Vermengung; nach Rückleistung des Quantums würde der Besitzer des vermengten Geldes ja ohne Zweifel Eigentümer. **Justinian** und **Javolenus** seien hingegen der Ansicht, „daß an dem Eigentum der gemengten Materialien nichts geändert werde und die actio in rem nur der Ausdruck dieses Eigentums sei. Dies sei aber eine rein dogmatische konstruktive Auffassung, über die sich streiten lasse, ohne daß dadurch die Zuständig-

---

[103]) vgl. auch **Albrecht**, Die Sonderstellung des Geldes S. 27.

[104]) **Niemeyer**, über den Eigentumserwerb am Gelde durch Vermischung, Zeitschr. f. HR. Bd. 42 S. 20—35.

keit der actio in quantum in illo acervo usw. berührt werde".

Der Auffassung Niemeyers muß man aber folgendes entgegenhalten:

1. Da die Institutionenstelle ausdrücklich die Nichtveränderung in den Eigentumsverhältnissen betont, muß dasselbe für die Ulpianstelle gelten, denn es wäre ganz willkürlich, für letztere das Gegenteil anzunehmen, bloß deswegen weil Pomponius in l. 5 cit. zufällig über diesen Punkt schweigt.

2. Es ist eine juristische Künstelei, wenn Niemeyer gegen den Vermengungsempfänger des Geldes, der doch nach l. 78 cit. Alleineigentümer geworden ist, deswegen weil die Klage nicht auf Herausgabe der individuellen Stücke, sondern nur „in quantum illo acervo suum esse paret" gehe, die utilis vindicatio gibt; und

3. — und zwar ist dies der durchschlagendste Grund für die Ablehnung der Niemeyerschen Ansicht — es würde im Falle der l. 78 cit. dem Nichteigentümer die Eigentumsklage gegen den Eigentümer zustehen: ein in der Tat absurdes Resultat![105])

Somit verdient vielmehr die herrschende Lehre, welche für das römische Recht an die Kommixtion des Geldes den Ausschluß der Vindikation knüpft, unbedingt den Vorzug.

---

[105]) vgl. auch Albrecht a. a. O. S. 29.

bb) Der Ausschluß der Vindikation ist der Grund der Konsumtion durch ununterscheidbare Vermischung.

§ 12.

Man hat nun vielfach angenommen, diese Veränderung im Eigentum auf die Konsumtion als wirkendes Prinzip zurückführen zu müssen. So z. B. die sogen. „Quattuor Doctores“, ferner Accursius, der Postglossator Bartolus de Sassoferato und Dionysius Gothofredus.

Es ist ja zweifellos richtig, daß durch die Vermischung gleicher Geldstücke — natürlich kommen überhaupt nur solche in Betracht, da ungleichartige niemals „mixti, ut discerni non possunt“ sein werden — der Zustand der Ununterscheidbarkeit eintritt, so daß man allerdings von einer Art körperlicher Konsumtion sprechen könnte, indem die bestimmten Geldstücke nicht mehr herauserkannt werden können.

Allein dies selbe Moment ist doch auch bei der Vermischung von Getreide vorhanden, und hier hat es keinen Eigentumsverlust zur Folge. Es erscheint daher wie eine Umkehrung von Ursache und Wirkung: das Eigentum am Gelde sei verloren, weil es konsumiert sei. Hartmann[106]) hat m. E. richtig erkannt, daß vielmehr eben darin die Konsumtion des Geldes zu

---

[106]) Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und des Inhalts von Geldschulden S. 25.

erblicken sei, daß „das Recht im gesetzten Falle die Eigentumsklage abschneide".

Der so definierte Begriff des Verbrauchs ist auch analog der Konsumtion bei der in creditum und in solutum datio.[107])

Die moderne Literatur seit Glück sieht denn auch meistens entweder in der Umlaufsnatur oder in der Unmöglichkeit der Vindikation[108]) den Grund der Konsumtion. So bezeichnet Dernburg,[109]) der in seiner Kritik von „Sell", Die römische Lehre der dinglichen Rechte 1. Teil auf die Bestimmung des Geldes als eines allgemeinen Tausch- und Umlaufsmittels näher eingeht, das Geld in dem bedachten Falle deswegen konsumiert, weil die Natur des Geldes als Zirkulationsmittel eine möglichste Beschränkung der Vindikation fordere.

Auch Pagenstecher[110]) stimmt den Ausführungen Dernburgs vollständig zu, und Bechmann[111]) hält die Ansicht Dernburgs ausdrücklich für richtig.

Des weiteren erblickt auch Goldschmidt[112]) den

---

[107]) vgl. S. 39 dieser Abhandl.

[108]) So übrigens schon Cuiacius a. a. O. lib. 13 cap. 28.

[109]) Dernburg, Kritik von Sell, Die Lehre der dinglichen Rechte 1. Teil, in der Krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtsw. Bd. 1 S. 158.

[110]) Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum in ihrer modernen Anwendbarkeit Abt. 2 S. 360—363.

[111]) Bechmann, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Akzession und von den Sachgesamtheiten S. 31.

[112]) Goldschmidt, Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 3 S. 239.

Hauptgrund der l. 78 cit. in der Unmöglichkeit der Vindikation.

Auch die hier vertretene Ansicht geht dahin, daß die Römer eben die Umlaufsnatur des Geldes als Zweckbestimmung bereits in so hohem Grade erkannt hatten, daß sie die quantitave Vindikation der l. 5 pr. cit. nicht zuließen; und hierdurch haben sie dem Gelde zweifelsohne den Stempel *der verbrauchbarsten Sache der Welt* aufgedrückt.

Denn es muß hier ausdrücklich betont werden, daß der gesetzgeberische Wille zwar in der Gestaltung des *einen* Essentiale des Begriffs der Verbrauchbarkeit sowohl im eigentlichen als übertragenen Sinne durch die Gesetze der Logik gebunden ist, denn wie schon in der Einleitung hervorgehoben, muß an dem Begriff der objektiven Bestimmungsmäßigkeit immer festgehalten werden; bezüglich des *zweiten* Essentiale ist aber der Rechtsordnung *Spielraum* gelassen, nämlich bei der Verbrauchbarkeit im engeren Sinne bezüglich des Eintritts der physischen Zerstörung der Substanz (es steht z. B. an sich nichts im Wege, wenn eine Rechtsordnung bloß *abnutzbare* Sachen, d. h. solche, deren physische Zerstörung erst nach mehrmaligen Gebrauchsakten eintritt, verbrauchbar nennt — die Schwierigkeiten, die sich aus der Flüssigkeit der Grenze hier ergeben würden, sind keine begrifflichen, sondern nur praktische in Ansehung der an den Begriff geknüpften Wirkungen). Dem entspricht bei der Verbrauchbarkeit im weiteren Sinne die Möglichkeit der ver-

schiedenen Ausgestaltung des Eintritts des Ausschlusses der Vindikation. Und je nach dem in der einen Rechtsordnung der Eigentumsverlust des Geldes in häufigeren oder selteneren Fällen eintritt, muß man ihm in den verschiedenen Systemen eine größere oder geringere Verbrauchbarkeit zusprechen. (Jedenfalls aber wäre es ein Fehler, in dem Ausschluß der Vindikation ein Naturale, eine Wirkung der Eigenschaft der Verbrauchbarkeit erblicken zu wollen.)

aa) Die ununterscheidbare Vermischung seitens eines Dritten schlechthin.

§ 13.

Nach dieser Erläuterung, welche das ausführlichere Eingehen auf die Fälle des Ausschlusses der Vindikation des Geldes hier und im folgenden begründen soll, wollen wir nunmehr des näheren untersuchen, ob der Eigentumsverlust im Falle der l. 78 cit. auch dann eintritt, wenn die Vermengung nicht durch einen der beiden Eigentümer, sondern durch die Handlung eines Dritten oder durch Zufall erfolgt.

Viele Schriftsteller verneinen diese Frage. So sagt Windscheid[113]): „Besonderes gilt für den Fall, wo jemand fremdes Geld mit dem seinigen vermischt. Durch diese Vermischung wird er Eigentümer der vermischten fremden Geldstücke“.

---

[113]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 189.

Arndts[114]): „Eine Ausnahme gilt für Geldstücke; man erwirbt das Eigentum derselben, sobald man sie mit seinem Gelde vermischt hat“.

Baron[115]): „Besondere Bestimmungen gelten, wenn jemand fremdes Geld mit seinem eigenen ununterscheidbar vermischt hat; er erwirbt hieran das Eigentum“.

Andere bejahen die Frage. So sagt Goldschmidt[116]): „Als Sache ist Metallgeld Gegenstand des Eigentums, solange es nicht konsumiert ist. Nur tritt Konsumtion schon durch unerkennbare Vermischung mit anderem Gelde ein“.

Puchta[117]): „Nur bei Geldstücken, die unter das Geld eines anderen gekommen sind, so daß sie sich nicht mehr erkennen lassen, tritt eine Modifikation ein: Das Eigentum derselben geht dadurch verloren ...“, und

Czyhlarz[118]): „Werden fremde Geldstücke mit unseren vermengt, ut discerni non possunt, so werden wir Eigentümer dieser nummi“.

Keller[119]) und Dernburg[120]) knüpfen jedoch an eine bloß zufällige Vermengung keinen Eigentumsübergang. Das Geld muß in fremden Besitz gekommen

---

114) Arndts, Pand. § 151.

115) Baron, Pand. § 139.

116) Goldschmidt, Handb. d. HR. § 105 bei Anm. 7.

117) Puchta, Institutionen § 242 N. 6.

118) Czyhlarz, Institt. § 46.

119) Keller, Pand. Bd. 1 2. Aufl. S. 306.

120) Dernburg, Pand. Bd. 1 6. Aufl. S. 100.

sein. In Übereinstimmung mit ihm hat auch das RG. Bd. 24 S. 315 erkannt, „daß bei barem Gelde der Besitz- und Eigentumsverlust eintritt, wenn die Geldstücke in die Gewahrsam eines anderen gelangen und daselbst infolge der Vermischung mit anderem Gelde ihre Unterscheidbarkeit verlieren“.

ββ) Die mala fide erfolgte Vermischung.

§ 14.

Was hingegen den Titulus anlangt, so verlangen u. a. Goldschmidt[121]) und Rießer[122]) ausdrücklich eine bona fide erfolgte Vermengung, während Comte[123]) und Hohenemser[124]) auch dem Dieb infolge Vermengung Eigentum zusprechen. Albrecht[125]) stellt eine Mittelmeinung auf: Eigentumserwerb könne im äußersten Falle bei der sogenannten mala fides superveniens angenommen werden. Seine Gründe sind aber nicht stichhaltig, denn:

1. erlischt durch die Vermengung die Unterscheidbarkeit des Geldes in jedem Falle, mag der Vermenger nun gut oder bösgläubig gewesen sein, und

---

[121]) Goldschmidt a. a. O. S. 1142.

[122]) Rießer, Die rechtliche Natur des Geldwechslergeschäfts, Jahrb. f. Dogm. Bd. 20.

[123]) Comte, Der Erwerb des Eigentums an Geldstücken durch Vermengung S. 26.

[124]) Hohenemser a. a. O. S. 69ff.

[125]) Albrecht a. a. O. S. 43.

2. ist nicht abzusehen, warum es „der Vernunft widersprechen“[126]) sollte, dem Dieb in diesem Falle Eigentum zuzusprechen, kann es doch jeden Augenblick durch die condictio illusorisch gemacht werden. Mit Recht wird daher auch fast allgemein unter die Voraussetzungen unseres Eigentumserwerbs die bona fides nicht aufgenommen.[127])

Auch Dernburg ist der Ansicht, daß der Grundsatz, daß Geldstücke durch Vermischung mit anderen aufhören, vindizierbar zu sein, „nach römischem Recht ohne Unterschied galt, ob der Besitzer redlich oder unredlich war“.[128])

Verbrauchbar wurden Geldstücke insofern genannt, als durch Ausschluß der Vindikation dem bisherigen Eigentümer die Möglichkeit genommen wurde, den ökonomischen Vorteil derselben nummi weiter zu genießen. Es liegt jedoch auf der Hand, daß diese Konsumtion nur dann auch eine praktische Konsumtion genannt werden kann, wenn es für den früheren Eigentümer ausgeschlossen ist, die früheren ökonomischen Werte, die in den nicht mehr vindizierbaren nummi enthalten waren, auf eine andere Weise zurückzuerhalten, d. h. mit anderen Worten: In all den Fällen, wo jemand in den Besitz fremder Münzen, sei es bösgläubig (furtum) oder gutgläubig (indem er z. B. das Geld des Darlehngebers für dessen eigenes hielt) ge-

---

[126]) vgl. Albrecht a. a. O. S. 43.

[127]) Hartmann a. a. O. S. 30.

[128]) Dernburg, Lehrb. d. preuß. PrivR. Bd. 1 S. 388.

langte und daran zwar nicht schon durch die Tradition, wohl aber durch die Kommixtion unvindizierbares Eigentum erlangte, in all diesen Fällen des Eigentumsübergangs sine causa also, wo dem früheren Eigentümer gegen den nunmehrigen eine condictio, z. B. die condictio furtiva oder iuventiana zustand: in allen diesen Fällen wird man nur von einer theoretischen Konsumtion sprechen können. Denn Geld ist eben nicht nur die verbrauchbarste, sondern auch die vertretbarste Sache, die sich überhaupt denken läßt.

War so der Begriff der Verbrauchbarkeit des Geldes, wie wir in den Fällen der theoretischen Konsumtion gesehen haben, im römischgemeinen Recht sehr ausgedehnt, so muß man sich doch anderseits darüber klar sein, daß die Römer den Schritt noch nicht getan haben, die Konsumtion des Geldes in dem Falle eintreten zu lassen, wenn einem redlichen Dritten fremdes Geld bloß tradiert wurde, ohne daß Kommixtion eintrat. Hier war vielmehr die Vindikation noch zugelassen, wie man aus dem Anfang der l. 78 cit. schließen muß: si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent eius cuius fuerunt.

b) Nach deutschem Privatrecht.

§ 15.

Objekte des Verbrauchs in der übertragenen Bedeutung der bestimmungsmäßigen Veräußerung müssen immer die allgemeinen Wertmesser gewesen sein. Denn nur hier erscheint die Veräußerung objektiv bestimmungs-

mäßig, werden dagegen zufällig andere Sachen veräußert, so entspricht dies nur der subjektiven Bestimmung. An sich steht also nichts im Wege, auch die Vorläufer unseres Geldes als verbrauchbare Sachen zu bezeichnen.

Das mittelalterliche Deutschland stand nun vielfach noch auf dem Standpunkt der Naturalwirtschaft, so daß viele bewegliche Sachen als Tauschgegenstände behandelt wurden. Da aber dem deutschen Rechte, wie schon der erwähnte Mangel systematischer Darstellung in den Rechtsquellen anzeigt, die Fähigkeit zur Rechtssystematik überhaupt abging, welche die Römer in so hervorragender Weise besessen haben, d. h. die Fähigkeit, aus der Mannigfaltigkeit der juristischen Tatsachen die gemeinsamen Merkmale auch begrifflich zusammenzufassen, so ist es sehr wahrscheinlich, daß das ältere deutsche Privatrecht auch bezüglich der Tauschmittel[129]) den gemeinsamen Gesichtspunkt beim Verbrauch im eigentlichen wie im übertragenen Sinne übersah, nämlich die gleichen wirtschaftlichen Folgen beider Arten des Verbrauchs, das Entschwinden der verbrauchten Sache aus dem Herrschaftsbereich des früheren Eigentümers, und sie daher nicht zu den verbrauchbaren Sachen zählte.[130])

---

[129]) vgl. v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts 2. Aufl., Straßburg 1901, S. 123/24.

[130]) So auch v. Roth a. a. O. S. 428; and. A. v. Wächter, Württemb. PrivR. Bd. 2 §§ 37, 38.

c) Nach den neueren Kodifikationen.

§ 16.

Auch in den neueren Gesetzbüchern, wie z. B. im österr. allgem. Bürgerlichen Gesetzbuch, wird Geld nicht als verbrauchbar bezeichnet. So lautet ABGB. § 301:

„Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, heißen verbrauchbare; die von entgegengesetzter Beschaffenheit aber unverbrauchbare Sachen".

Im code civil wurde es hingegen als verbrauchbare Sache angesehen. So heißt es daselbst in Art. 587:

„Si l'usufruit comprend des choses, dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les liqueurs . . ."

Auch im preuß. Landrecht wurde das Geld zu den verbrauchbaren Sachen gerechnet. So besagt ALR. I, 2 § 120:

„Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können, werden verbrauchbar genannt". Hierunter fällt nicht nur das Staatsgeld, sondern auch das usuelle, insbesondere auch das Papiergeld, Banknoten und Inhaberpapiere, die zur Veräußerung bestimmt sind. Die Behauptung, daß nur das Staatsgeld der Konsumtion unterliege, weist Dernburg unter Hinweis auf § 45

I, 15, wo von „barem kursierenden Gelde“ gesprochen wird, entschieden zurück.[131])

Das preuß. Landrecht erhöht gegenüber dem gemeinen Rechte noch den Charakter der Verbrauchbarkeit, indem es de nSchritt tat, den das römischgemeine Recht zu tun unterließ: Es tritt für den früheren Eigentümer die Konsumtion schon in dem Augenblicke ein, wenn der redliche Erwerber das Geld von Nichteigentümer tradiert erhielt. Es konnte also bei ihm unbeschadet in Rollen oder Beuteln getrennt aufbewahrt werden.[132]) Jedoch trat diese Konsumtion nur ex causa onerosa ein. Ebenso wie auch im sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch im § 248,[133]) so tritt auch nach allgem. Landrecht Konsumtion durch Kommixtion ein. Dies wird zwar in den §§ 45, 46 cit. nicht ausgesprochen, aber doch vorausgesetzt.[134])

Weist so schon das allgem. Landrecht gegenüber dem gemeinen Recht eine Vermehrung der Fälle der Konsumtion auf, so trug man in der Folgezeit immer mehr dem Charakter des Geldes und der Geldsurrogate als Umlaufsmittel Rechnung, indem man ihre Verbrauchbarkeit

---

[131]) Dernburg, Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs S. 430.

[132]) vgl. ALR. I, 15 §§ 45ff. u. I, 11 §§ 612ff.

[133]) Tatsächlich besaß also auch nach sächs. BGB. das Geld gegenüber anderen Mobilien eine erhöhte Verbrauchbarkeit, es wurde nur nicht als verbrauchbar bezeichnet.

[134]) vgl. Niemeyer a. a. O. S. 20.

noch erhöhte. So versagt das österr. allgem. Bürgerliche Gesetzbuch in § 371 und das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 296, 297 die Vindikation auch gegen solche Erwerber, welche ohne Entgelt erworben haben; und in England, wo sonst gestohlene oder verlorene Sachen von redlichen Dritten vindiziert werden können, ist dies doch hinsichtlich des Geldes ausgeschlossen.[135]

d) Nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.

α) Die Konsumtion durch Kommixtion.

§ 17.

Auf demselben Standpunkt steht das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. § 935 besagt: „Der Erwerb des Eigentums auf Grund der §§ 932—934 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonstwie abhanden gekommen war . . .“

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Geld- oder Inhaberpapiere sowie auf Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.[136]

Ob im heutigen Recht aber durch Kommixtion eine Konsumtion eintritt, ist bestritten. Niemeyer[137] verneint dies wie schon für das römischgemeine, so ganz

---

[135]) vgl. Heymann in v. Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaften 6. Aufl. Bd. 1 S. 825.

[136]) Auch in den Entwürfen wurde die Sonderstellung des Geldes derartig geregelt; vgl. Entw. I § 879 Satz 2; Entw. II a § 848; Entw. II b § 920; Entw. III § 919.

[137]) Niemeyer a. a. O. S. 20.

entschieden für das heutige Recht; der deutsche Entwurf habe sich hierin sämtlichen modernen Gesetzbüchern mit wenigen Ausnahmen in § 892 angeschlossen.

Auch Eck[138]) meint, § 948 BGB. stände der Annahme der Konsumtion durch Kommixtion entgegen. Küntzel[139]) hingegen erscheint es nicht zweifelhaft, „daß die nicht scheidbare und darum die individuelle Existenz aufhebende Vermischung von Geldstücken ein Akt des Verbrauchs ist".

§ 948 BGB. besagt: „Werden bewegliche Sachen miteinander untrennbar vermischt oder vermengt, so finden die Vorschriften des § 947 entsprechende Anwendung", d. h. die bisherigen Eigentümer werden Miteigentümer; und Fischer[140]) setzt noch hinzu: „Nichts Besonderes gilt für die Vermengung fremden Geldes mit eigenem".

Auch die in dieser Darstellung vertretene Ansicht geht dahin, daß auch im heutigen Recht in diesem Falle Konsumtion, und zwar theoretische — denn bei titulierter und bei putativ titulierter Vermischung war das Eigentum schon durch Tradition verloren — anzunehmen ist. Denn bei Begründung des Miteigentums geht das Alleineigentum an den realen Geldstücken verloren, es wird für beide Teile nur Eigentum zu ideellen

---

[138]) Eck, Vorträge über das Recht des BGB. Bd. 1 S. 99.

[139]) Küntzel, Der Entw. eines BGB., in Gruchots Beitr. 6. Folge 1. Jahrg. Heft 1 S. 133.

[140]) Fischer a. a. O. S. 556.

Anteilen begründet, und wie sehr unterliegt es dem Zufall, ob der Vermengungsentäußerer bei der Auseinandersetzung gerade die individuellen Geldstücke, die er besaß, zurückerhält.[141])

β) Gegenstände der Verbrauchbarkeit im weiteren Sinne.

§ 18.

Zu den verbrauchbaren Sachen des § 92 Abs. 1 BGB., deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung besteht, gehört in erster Linie das Geld. In der Kritik des 1. Entw. wurde angeregt, dasselbe im Text ausdrücklich als verbrauchbare Sache zu erwähnen. Es wurde aber mit Recht nicht für erforderlich gehalten, denn „der normale Gebrauch des Geldes besteht in der Verwendung als Tauschmittel, und da diese Verwendung ein Veräußerungsakt ist, so fällt das Geld unbedenklich unter Abs. 1 des § 780 des 1. Entw.“[142]) Goldstücke und Scheidemünzen sind die Umlaufsmittel *κατ᾽ ἐξοχήν*. Sie müssen kraft Rechtssatzes von jedermann in Zahlung genommen werden.[143]) Diesem Metallgelde stand früher das Papiergeld in juristischem Sinne gleich, d. h. Wertzeichen, die allein durch einen Rechtssatz „zum all-

---

[141]) s. auch Koch, Geld und Wertpapiere, in Bekker u. Fischers Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB. des Deutschen Reichs Heft 4 S. 45.

[142]) Küntzel a. a. O. S. 133.

[143]) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. 2 S. 182.

gemeinen Zahlungsmittel von einem abstrakten Werte erklärt"[144]) wurden. Dieses Papiergeld existiert nun freilich seit dem 1. 1. 1876 im Deutschen Reiche nicht mehr. Wir haben heute nur noch Papiergeld im volkswirtschaftlichen Sinne oder, wie Bekker und Thöl[145]) treffend sagen, „Geldpapiere". Dies sind Geldsurrogate, die nur aus Rücksicht auf die Kreditfähigkeit des Schuldners zur Begründung von Schuldverhältnissen wie Geld gegeben und angenommen werden. Ihre Umlaufsfähigkeit beruht auf dem Glauben und der Hoffnung, daß sie der Emittent an gewissen Kassen, sowie er versprochen, auch tatsächlich jederzeit an Stelle baren Geldes in Zahlung nehmen oder gegen Geld umtauschen werde; ihr Wert beruht nicht auf einem Rechtssatze, sondern auf der Zahlungsfähigkeit des Schuldners, also auf einer Tatsache. Hierher gehören vor allem die Banknoten und die Reichskassenscheine.

Daß diese Papiere, welche zwar nicht zu den gesetzlichen Zahlungsmitteln gehören, aber doch tatsächlich die Funktionen des Geldes zu versehen pflegen, zweifellos zu den verbrauchbaren Sachen zu zählen seien, erkennen die Motive[146]) ausdrücklich an. Mit Recht erblickt daher Dernburg[147]) darin, daß alle diejenigen Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung besteht,

---

[144]) Laband a. a. O. S. 182.

[145]) vgl. Laband a. a. O. S. 182 Anm. 2.

[146]) Mot. Bd. 3 S. 35.

[147]) Dernburg, Das bürgerl. R. Bd. 3 S. 16.

in die Kategorie der verbrauchbaren Sachen fallen, eine Erweiterung des gemeinrechtlichen Begriffes. Denn „nach römischem Recht ist nur das Geld außer den durch den Gebrauch sich physisch aufbrauchenden Sachen verbrauchbar“.[148])

Es ist jedoch zu prüfen, ob nur die auf Sicht zahlbaren Schuldverschreibungen auf den Inhaber die Eigenschaft verbrauchbarer Sachen haben, oder auch andere unverzinsliche, aber an einem bestimmten Tage fällige Schuldverschreibungen, werden doch auch diese — man denke an die Zinsscheine der deutschen Reichs- und preußischen Staatsanleihe oder an Obligationen öffentlich-rechtlicher Körperschaften — nach Fälligkeit an Zahlungsstatt in Verkehr gegeben.

Das Kriterium der Verbrauchbarkeit durch Veräußerung wird immer der Gesichtspunkt sein, ob dem betreffenden Inhaberpapier die Wesenseigenschaft innewohnt, in erster Linie als Tauschmittel zu dienen. Denn nur solche Papiere wollte, wie man mit den Motiven Bd. 3 S. 35 als sicher annehnem kann, das Gesetz dem baren Gelde gleichstellen. So sagt u. a. Hachenburg[149]) sehr richtig: „Eine Reichsanleiheobligation ist eine vertretbare Sache, aber keine verbrauchbare“.

---

[148]) Windscheid-Kipp a. a. O. § 140.

[149]) Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich (Vorträge) S. 389.

Bezüglich der „Mäntel“ der eben genannten unverzinslichen Schuldverschreibungen auf den Inhaber unterliegt es keinem Zweifel, daß sie von Natur in erster Linie dazu bestimmt sind, direkt oder indirekt den Inhaber des Mantels in den Besitz der Coupons, Renten- oder Dividendenscheine zu setzen, daß es dagegen nicht als wesentlich zu betrachten ist, wenn in vereinzelten Fällen die Schuldurkunde selbst als Zahlungsmittel in solutionem gegeben wird.

Die Wesenseigenart der „Mäntel“ besteht eben darin, zur Erhebung einer neuen Reihe Coupons usw. zu legitimieren, und zwar früher auf direktem Wege: es war zur Erhebung der Zinsscheine die Vorlegung der Schuldurkunde selbst erforderlich; später indirekt: es erfolgte die Ausgabe gegen Einlieferung des letzten Coupons, sogen. Stichcoupon. Es wurde aber bereits im vorvorigen Jahrhundert üblich, Talonurkunden auf den Inhaber, die gewöhnlich am Schluß des Couponbogens angedruckt waren, auszugeben, gegen deren Rückgabe dann die Aushändigung der neuen Couponreihe erfolgt. Die Einrichtung dieser Talons, auch Zinsleisten und Erneuerungsscheine genannt, ist jetzt auch allgemein für Dividendenscheine üblich. v. Holtzendorff[150]) bemerkt aber sehr richtig: „Selbständige zum Umlauf bestimmte Urkunden, durch welche Recht auf neue Zinsscheine abgelöst wäre, sollten keineswegs gestattet werden“. So

---

[150]) v. Holtzendorff, Rechtslexikon Bd. 3 S. 847.

lehrt die geschichtliche Entwicklung, daß der Talon, der eben nur zum Ersatz der gefährdenden Vorlegung der Haupturkunde geschaffen war, keine Verbrauchbarkeit im Sinne des § 91 Abs. 1 besitzt.

Zweifelhafter ist die Natur der einzelnen Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine. Diese werden von ihren Inhabern tatsächlich häufig direkt als bares Geld in Zahlung gegeben, obwohl ihre eigentliche beurkundete Bestimmung die Geltendmachung des Einlösungsanspruchs ist. Jedoch ihre Umlaufsfähigkeit ist beschränkt, insofern selbst der Bankier, mit dem man in Geschäftsverbindung steht, bei lange vor Fälligkeit in Zahlung gegebenen Scheinen beträchtliche Abzüge macht und noch nicht fällige Dividendenscheine einer Aktiengesellschaft von Dritten bei Unsicherheit der Gesellschaft vielleicht gar nicht in Zahlung genommen werden.

Diesen noch nicht fälligen Scheinen wird man die Verbrauchbarkeit nach § 91 Abs. 1 absprechen müssen;[151]) manche Juristen halten sie allerdings für verbrauchbar, so u. a. Goldmann u. Lilienthal;[152])[153]) jedoch abgesehen von den eben angeführten Argumenten, werden in den §§ 1392, 1814, 2116 BGB. die Zins-, Renten- und

---

[151]) So u. a. auch Buhl, Das Recht der beweglichen Sachen nach dem BGB. S. 17.

[152]) Zit. bei Eck a. a. O. S. 98.

[153]) vgl. auch Crome a. a. O. S. 297; Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen Bd. 1 S. 96 Nr. 7d.

Gewinnanteilscheine schlechthin zu den verbrauchbaren Sachen in Gegensatz gestellt, und sollte z. B., so fragt Eck mit Recht, ein Vater nach § 1653 BGB. tatsächlich befugt sein, „die gesamten Zinsscheinbogen von den Wertpapieren seines Kindes als verbrauchbare Sachen für sich zu veräußern?"[154]

Hingegen wird man nicht fehlgehen, fälligen Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen, da sie stets als Zahlung angenommen werden und so eine gewisse Zeitlang tatsächlich die Umlaufsnatur des Geldes besitzen, die absolute Verbrauchbarkeit nach § 92 Abs. 1 zuzusprechen.[155]

Auch Orderpapiere mit Blankoindossament und Schecks, welche die Umlaufsnatur des Geldes besitzen, wird man zu den verbrauchbaren Sachen rechnen können. Nicht dagegen Kautionswechsel. Die Worte des § 92 Abs. 1: „deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung besteht" erfordern eben eine enge Interpretation. Denn auch die sogen. Legitimationspapiere kann man nur benutzen, „indem man sie fortgibt".[156]

Allerdings wird man vielleicht Briefmarken,[157] obwohl sie eine Urkunde über einen Transportvertrag darstellen, deswegen zu den verbrauchbaren Sachen rechnen

---

[154]) Eck a. a. O. S. 98.

[155]) So auch Enneccerus, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 109, der die fälligen Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine „selbstverständlich" zu den verbrauchbaren Sachen rechnet.

[156]) Crome a. a. O. S. 297.

[157]) So auch Eck a. a. O. S. 98.

können, weil es in vielen Geschäftszweigen, namentlich Versandgeschäften, üblich geworden ist, Briefmarken bis zu beträchtlichem Werte statt Geld in Zahlung zu nehmen, und man selbst beim Kaufe von Briefmarken mitunter von dieser Handelsusance geleitet wird.

Andere Legitimationspapiere und Marken dürften jedoch nicht unter § 92 Abs. 1 fallen, wie Billetts des Transportverkehrs (Eisenbahnen-, Dampfer- oder Fahrkarten ähnlicher Transportmittel), Eintrittskarten (z. B. Konzert-, Theater- oder Ausstellungsbilletts) oder Speise-, Trink- und Bademarken. Freilich soll nicht geleugnet werden, daß auch sie manchmal an Geldesstatt in Zahlung genommen werden. Ihre Wesensbestimmung liegt jedoch für den Inhaber in der Geltendmachung und dem Genusse der durch sie versprochenen Leistung (also in der tatsächlichen Ausführung der Bahnfahrt usw., dem Besuche des Theaters usw., dem Genusse der Speisen usw.).

3. Die Verbrauchbarkeit im relativen Sinne.

a) Im römischen Recht.

§ 19.

Die bisher behandelten Begriffe der Verbrauchbarkeit bezogen sich auf die bestimmungsmäßige physische Zerstörung oder Umwandlung der Substanz und auf die bestimmungsmäßige Veräußerung. Es ist bereits oben darauf hingewiesen worden, daß schon im letzten Begriff eine gewisse Fiktion enthalten ist, daß diese aber insofern berechtigt war, als es für den Einzelmenschen gleichgültig

ist, ob er über eine Sache kraft Naturnotwendigkeit oder kraft Rechtssatzes die Herrschaft verloren hat. In beiden Fällen, bei der Verbrauchbarkeit im engeren und weiteren Sinne, lagen objektive Merkmale, die von der Natur der einzelnen Sache gegebene Bestimmung zugrunde.

Es gibt jedoch anscheinend noch eine dritte Art von Verbrauchbarkeit. Der § 92 Abs. 2 BGB. besagt:

„Als verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen, die zu einem Warenlager oder sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht".

Im römischen Recht ist ein derartig gestalteter Begriff der Verbrauchbarkeit nicht zu finden, der so sehr mit der tatsächlichen Natur der betreffenden Sachen im Widerspruch steht — denn auch die aus härtestem Material verfertigten Sachen, wie z. B. Eisenschienen, oder andererseits Staats- und Reichsanleihen, Lotterielose usw., deren Bestimmung in erster Linie doch sicher nicht die Veräußerung ist, werden nach heute geltendem Recht unter Umständen als verbrauchbar betrachtet.

Bei nicht eingehender Prüfung scheint es, als ob die Aufstellung dieses anscheinend neuen Begriffs in ursächlicher Beziehung stünde zu einer Anerkennung aus wirtschaftlichen Rücksichten gebildeter Sachgesamtheiten als etwas anderem, als die Summe der Einzelsachen.

Das römische Recht scheint diese Annahme gewissermaßen durch argumentum e contrario zu bestätigen.

Man kann allerdings nicht leugnen, daß sich auch hier wenigsten Spuren einer derartigen Anerkennung finden: So hinsichtlich des Sondervermögens in der Behandlung des peculium und der dos, hinsichtlich der körperlichen Gesamtsache in der vindicatio gregis, denn nach l. 1 § 3 D. 6, 1 kann eine grex, licet singula capita nostra non sint, als solche vindiziert werden. Jedoch daß die vindicatio gregis nur dann und nur insoweit zulässig ist, als der Vindikant Eigentümer der singula corpora ist, geht unzweideutig aus l. 2 u. l. 3 pr. eod. hervor: Die eigentlichen Klageobjekte bleiben die einzelnen Stücke, die vindicatio gregis ist nur ein Erleichterungsmittel, insofern das Klagebegehren sich nicht auf die einzelnen Stücke gegenständlich zu beziehen braucht.[158] Im römischen Recht herrschte eben im allgemeinen das „Streben nach Vereinzelung der Rechtsobjekte“.[159] „Die ‚Herde‘ ist wirtschaftlich etwas anderes als eine bloße Zahl Viehhäupter — darum aber kein selbständiges Rechtsobjekt.“[160] [161]

---

[158]) vgl. hierzu u. a. Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 293 und 294.

[159]) Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 2 S. 50.

[160]) Göppert, über einheitliche, zusammengesetzte und Gesamtsachen nach römischem Recht, Halle 1871, S. 98.

[161]) vgl. auch v. Bechmann, Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Akzession und den Sachgesamtheiten S. 65; ders. A. auch v. Petražycki, Die Lehre vom Einkommen, Berlin 1893, Bd. 1 S. 119 ff. Im übrigen sei, da diese Streitfrage unser Thema nur indirekt berührt, auf die aus-

Dem scheint es also zu entsprechen, wenn im römischen Rechte jene „dritte Art“ Verbrauchbarkeit, wie wir sie vorläufig nennen wollen, fehlte.

b) Im deutschen Privatrecht.

§ 20.

Dem germanischen Rechte war dagegen die Vorstellung der Gesamtsache seit alter Zeit geläufig. So unterlag die Gerade, das Hergewät, das Gutsinventar, die Viehherde usw. besonderen Rechtsregeln. Man wird bezüglich des deutschen Privatrechts nicht fehlgehen, mit Gierke[162]) in den Sachgesamtheiten reale Sachen, besondere Rechtsobjekte zu erblicken. Zu diesen realen Sachen, welche besonderen Regeln unterlagen, gehörte aber auch das Warenlager, dieses ist aber verbrauchbar im weiteren Sinne, indem es nur durch Veräußerung genutzt werden kann. Wenn hier also der Begriff jener „dritten Art“ Verbrauchbarkeit vorhanden war, so scheint der positive Beweis für obige Annahme des ursächlichen Zusammenhangs beider Begriffe: reale Sachgesamtheit und Verbrauchbarkeit im „dritten Sinne“ erbracht zu sein.

c) In den neueren Kodifikationen.

§ 21.

Die deutschrechtliche Anerkennung des Begriffes der Gesamtsache ist nicht ohne Einfluß auf die neueren Gesetz-

führliche Behandlung bei Friedmann (Welche Bedeutung kommt der in den römischen Quellen anerkannten vindicatio gregis zu? Breslauer Diss., Berlin 1896) hingewiesen.

[162]) Gierke a. a. O. S. 50.

bücher geblieben, in denen der Begriff der Gesamtsache aufgenommen wurde. So stimmen in der Definition überein das ALR. I, 2 §§ 32 ff. und das österr. allgem. BGB. § 302. Im bayerischen Landrecht ist der Begriff in II, 5 c. 6 behandelt. Das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch hat in den §§ 62, 63 zwar den Begriff Gesamtsache beibehalten, aber richtig bestimmt: „Die Vereinigung mehrerer beweglicher Sachen zu einer Gesamtsache bewirkt an sich keine Änderung der Rechte und Verbindlichkeiten, welche in Ansehung der einzelnen Stücke stattfanden. Wenn von einer Gesamtsache nur eine einzelne Sache übrig ist, so dauert das Recht, welches jemand an jener hatte, an dieser fort". Dort erscheinen eben Bestimmungen, welche bezüglich der Einzelsachen der Gesamtsache die Anwendung des Rechts der Einzelsache verfügen, als Ausnahmebestimmung. Auch das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch hat nun jedenfalls jenen „dritten Begriff" der Verbrauchbarkeit noch nicht gekannt. Dies kann man ohne Zweifel aus § 1818 sächs. BGB. folgern, wo der Vater ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht befugt ist, „Gesamtsachen" des minderjährigen Kindes zu veräußern.

d) Im deutschen bürgerlichen Recht.

§ 22.

Für die genannten Kodifikationen mag es zutreffend sein, daß man allgemein in der Gesamtsache als einheitliches Ganzes ein selbständiges Rechtsobjekt erblicken kann. Jedoch auch für das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch wollen

einige in der Gesamtsache eine reale Sache erblicken, so Gierke,[163]) Cosack[164]) und Sokolowski[165]) u. a. m. Sokolowski führt als Grund, worin er den selbständigen rechtlichen Charakter des Sachbegriffs — und nur von einem solchen ist im Bürgerlichen Gesetzbuch die Rede — wenigstens mittelbar erkennt, den § 92 Abs. 2 an:

„Hier werden bewegliche Sachen für verbrauchbar erklärt, wenn sie zu einem Warenlager oder einem sonstigen Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht".[166])

§ 90 BGB. besagt aber: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände". Der Sachinbegriff, der hier in Betracht kommt, die universitas rerum distantium, ist aber ein unkörperliches Ding. „Das Ganze ist hier niemals Rechtsobjekt",[167]) d. h. auch niemals Gegenstand des Besitzes. Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht, wie Fischer[168]) besonders hervorhebt, unter Sachen nur „einfache oder zusammengesetzte Einzelsachen". Wenn die Verfechter der anderen Meinung ihre Behauptung, das Bürgerliche Gesetzbuch erblicke an manchen Stellen im Sachinbegriff doch eine reale Sache, u. a. besonders dar-

---

[163]) Gierke a. a. O. S. 43.

[164]) Cosack Bd. 1 § 41 III.

[165]) Sokolowski, Die Philosophie im Privatrecht S. 384ff.

[166]) Sokolowski a. a. O. S. 384.

[167]) Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. R. Bd. 1 3. Aufl. S. 145.

[168]) Fischer a. a. O. S. 41 Anm. 1.

auf stützen, daß § 1035 von einem Nießbrauch an einem Inbegriff von Sachen spricht, so ist dieser Umstand m. E. durchaus nicht beweisend.

Es stimmt allerdings, daß gewisse Rechtsverhältnisse, insbesondere in § 1035 der Nießbrauch an aus wirtschaftlichen Gründen zum Sachinbegriff zusammengefaßten Einzelsachen, „einen besonderen Inhalt annehme".[169] Dadurch wird aber der Sachinbegriff noch lange nicht zur Sache im Sinne des Gesetzes. Mit ähnlichem Rechte könnte man dann behaupten, Kräfte als solche, wie Wasserkraft, Dampfkraft, Elektrizität, seien deswegen, weil sie in gewissen Beziehungen Rechtsobjekte sind, indem nämlich nach § 823 auch Schutz gegen Entziehung elektrischer Arbeit gegeben wird, Sachen im Sinne des Gesetzes. Auch Endemann[170] u. a. leugnet die einheitliche Natur des Sachinbegriffs, und Leske[171] sagt: durch § 778 Entw. I ist „abweichend vom Landrecht der Begriff der Sachgesamtheit (universitas facti) abgelehnt", und zwar stehen diese Ansichten durchaus im Einklang mit den Motiven.[172]

So ist also die Annahme des ursächlichen Zusammenhangs der Ausbildung jener dritten Art Ver-

---

[169] Matthiaß a. a. O. S. 142.

[170] Endemann, Einführung in das Studium des BGB. 4. Aufl. Teil 1 S. 228, 231.

[171] Leske, Der Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich und das ALR. S. 69.

[172] Mot. Bd. 3 S. 28, 29.

brauchbarkeit und der Anerkennung von Sachinbegriffen als reale Sachen als hinfällig erwiesen.

Was folgt hieraus aber scheinbar für den Begriff der Verbrauchbarkeit im dritten Sinne?

Gelte der Sachinbegriff „überall als selbständiges, von seinen physischen Substraten verschiedenes Rechtsobjekt“,[173]) so wäre es logisch und würde dem Begriffe der Verbrauchbarkeit im weiteren Sinne vollkommen entsprechen, einen Gegenstand dann verbrauchbar zu nennen, wenn seine objektive Bestimmung in der Veräußerung besteht. Nun erblickt aber das geltende Recht, wie darzutun versucht, im Sachinbegriff regelmäßig nichts anderes, als die Summe der Einzelsachen; wie ist es aber logisch vereinbar, in diesen Einzelsachen auch dann verbrauchbare Sachen zu erblicken, wenn die Natur der Einzelsache (entweder durch Nichtvorhandensein der objektiven Bestimmung zur physischen Verzehrung oder aber Veräußerung) sie nicht zu verbrauchbaren Sachen stempelt? Scheint nicht dieser dritte Begriff mit der hier dargestellten Entwicklung des Begriffs der Verbrauchbarkeit und den Gesetzen der Logik in scharfem Widerspruche zu stehen?

Das Wort „gelten“ in § 92 Abs. 2 gibt uns die Antwort hierauf: Es soll in § 92 Abs. 2 gar nicht gesagt werden, daß an sich unverbrauchbare Sachen plötzlich in Wirklichkeit verbrauchbare Sachen seien. Es liegt hier vielmehr nur eine Fiktion κατ' ἐξοχήν vor, und „bei

---

[173]) So Sokolowski a. a. O. S. 385.

diesen handelt es sich", um mit Fischer zu reden, „um reine Privatrechtssätze, deren Fassung aus gesetzestechnischen Gründen ein bewußt unwahres Moment beigemischt ist".[174]) Es soll also in Wahrheit gar kein neuer dritter Begriff der Verbrauchbarkeit aufgestellt werden, der im direkten Widerspruch stände zu den beiden bisher entwickelten absoluten Begriffen der Verbrauchbarkeit im engeren und im weiteren Sinne: Es sollen nur die Regeln der verbrauchbaren Sachen, wenn die Einzelsachen zu einem Sachinbegriff gehören, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht, Anwendung finden. Man wird hier mit Kohler[175]) und anderen, um diese Tatsache zu bezeichnen, allerdings immer im Bewußtsein, eine Fiktion zu gebrauchen, treffend von relativer Verbrauchbarkeit sprechen.[176])

Von der absoluten Verbrauchbarkeit unterscheidet sie sich dadurch, daß eben der subjektive Wille des Menschen hier bestimmend wirkt. Allein das subjektive Moment ruht auch hier auf einer objektiven Basis; relative Verbrauchbarkeit kann nicht den Einzelsachen eines jeden Sachinbegriffs dadurch beigelegt werden, daß der Besitzer

---

[174]) Fischer a. a. O. Einl. S. XXX.

[175]) Kohler, Lehrb. d. bürgerl. R. Halbbd. 1 S. 457.

[176]) Dieser Ausdruck dürfte dem Ausdruck „fiktive Verbrauchbarkeit" vorzuziehen sein, weil es sich auch bei den nach § 91 Abs. 1 nur durch Veräußerung zu gebrauchenden Sachen um eine Fiktion handelt.

den Inbegriff willkürlich zur Veräußerung bestimmt. Dies würde auch eine zu große Durchbrechung des Erkennbarkeitsprinzips bedeuten. Die Bücher einer Bibliothek sind nicht relativ verbrauchbar, wohl aber die Bücher in einer Buchhandlung. Die Verkehrsanschauung ist also auch hier im letzten Grunde ausschlaggebend. Wenn aber diese Voraussetzung der objektiven Bestimmung zur Veräußerung bezüglich des Sachinbegriffs vorliegt, so kann es nicht darauf ankommen, welcher Kategorie derselbe angehört. Die Beschränkung der Vorschrift des § 92 Abs. 2 auf die Kategorie des Warenlagers — so im bayer. Entw. III Art. 257 — ist schon durch die Rücksicht auf das Pachtverhältnis ausgeschlossen.

Dagegen bin ich mit Scherer[177]) der Ansicht, daß es einer Veränderung des Entw. I § 780 Abs. 2: „Als verbrauchbare Sachen gelten auch diejenigen beweglichen Sachen, welche zu einem Sachinbegriffe gehören, dessen bestimmungsmäßige Nutzung in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht“ wohl nicht bedurft hätte. Denn ein Bedürfnis, mit dem sächs. BGB. § 623 das Warenlager als Beispiel hervorzuheben, kann nicht vorliegen, „da die Eigenschaft eines Warenlagers als Sachinbegriff einem rechtlichen Zweifel nicht Raum gibt“.[178])

Nach § 92 Abs. 2 gelten nun insbesondere auch solche

---

[177]) Scherer, Allgem. Teil des BGB. für das Deutsche Reich, Erlangen 1897, S. 108.

[178]) Mot. Bd. 3 S. 36.

Inhaberpapiere oder Orderpapiere, die nicht absolute Verbrauchbarkeit nach § 91 Abs. 1 besitzen, als verbrauchbare Sachen, wenn sie zu einem Bankgeschäft gehören. Sobald diese Papiere aber in die Hand des Käufers gelangen, kommt ihre wahre Natur wieder zum Durchbruch: ihre Unverbrauchbarkeit, ebenso wie bei den Büchern, die man aus der Buchhandlung gekauft hat.

Zweiter Teil.

Die praktische Bedeutung der Unterscheidung von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen im Rechtsleben.

1. Die Steigerung des Nutzungsrechts zur Verfügungsbefugnis.

a) Bei der ehelichen Nutznießung.

α) Nach römischem Recht.

§ 23.

An die Unterscheidung von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen hat nun das Recht von jeher Konsequenzen geknüpft. Vor allem tritt die rechtliche Bedeutung der Verbrauchbarkeit dann zutage, wenn das Eigentum und das Nutzungsrecht an der verbrauchbaren Sache nicht in einer Person vereinigt ist.

Dieses Nutzungsrecht ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch

1. bis zur Verfügungsbefugnis über die Substanz gesteigert (vgl. die §§ 1376 ff., 1411, 1540, 1653, 1659 u. a. m.);

2. sogar bis zum Eigentum (vgl. die §§ 706, 1067, 1075 Abs. 2, 1084, 1086). Die Bedeutung liegt also

hauptsächlich auf dem Gebiete des Familien- und des Sachenrechts. Endlich kommen noch im Erbrecht die §§ 2116 u. 2325 Abs. 2 in Betracht.

Untersuchen wir zunächst, ob auch im römischen Recht die Verbrauchbarkeit im ehelichen Güterrecht eine besondere Rolle spielte, und insbesondere ob sie eine Steigerung zur Verfügungsbefugnis bedeutete.

Schon zur Zeit der Manusehe kam, da die sich verheiratende filia kein eigenes Vermögen besaß, die Verpflichtung der Frau oder eines Dritten auf, dem Manne ad onera matrimonii ferenda eine dos zu bestellen. Während diese dos zwar formell Eigentum des Mannes wurde, blieb sie sachlich Frauengut (res uxoria). Denn der Mann war regelmäßig bei Beendigung der Ehe zu ihrer Herausgabe verpflichtet, und die Frau hatte regelmäßig die Anwartschaft auf den Erwerb der Dotalsachen. Ebenso wie die Frau zur Sicherung deswegen ein Generalpfandrecht am Vermögen des Mannes hatte, war der Mann, obwohl formell Eigentümer und daher grundsätzlich freiverfügungsberechtigt, dennoch im Interesse der Frau in der Verfügung über gewisse Dotalsachen beschränkt. Durch die bekannten Bestimmungen der lex Julia de fundo dotali unterschied sich schließlich die Stellung des Mannes bei Grundstücken[179]) tatsächlich nur wenig von der eines bloßen Nießbrauchers. Justinian sagt deshalb, daß die Dotalsachen „ex naturali iure mulieris

[179]) Bei beweglichen Sachen blieb es bei seiner Eigentümerstellung.

esse“ und nur „secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenire“, und — allerdings nur im Hinblick auf die Anwartschaft der Frau sagt Tryphoninus in l. 75 D. 23, 3: quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est. Bei Auflösung der Ehe hat er die Substanz der dos herauszugeben mit deren Akzessionen (Schatz, Alluvion), und zwar unvertretbare in Natur, vertretbare in gleicher Quantität und Qualität.

Die l. 7 pr. D. 23, 3 besagt aber: „Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: quum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est, eum etiam fructus percipere“, und § 1 eod. bestimmt:

„Si fructus constante matrimonii percepti sint, dotis non erunt“.

Die verbrauchbaren Sachen, die während der Ehe gezogenen Früchte und Zinsen braucht der Mann also nicht herauszugeben. Da jedoch bei der leichten Ehescheidung des römischen Rechts der Ehemann die Frau schwer hätte schädigen können, wenn er alle perzipierten Früchte hätte behalten dürfen (cf. l. 7 § 21 D. 24, 3), so kam hier das beim Nießbrauch herrschende Substanzialprinzip, wonach der Mann alle schon gezogenen Früchte behalten durfte, während er an den fructus stantes et pedentes keinen Anteil hatte, nicht zur Anwendung. Es sollte vielmehr bezüglich der Früchte des letzten Jahres der Ehe eine verhältnismäßige Teilung zwischen den Parteien eintreten.

Hier zeigt sich also die Wirkung der verbrauchbaren

Sachen, in dem Entfall der Restitutionspflicht: wirksam verfügen konnte der Mann als formeller Eigentümer auch über die anderen unverbrauchbaren Dotalsachen (soweit er dabei eben nicht durch jene lex Julia de fundo dotali gebunden war).

Doch die dos entspricht eben, obwohl das Recht an ihr, wie ausgeführt, sehr viel Ähnlichkeit mit dem Recht eines Nießbrauchers hat, dem heutigen „eingebrachten Gut“ durchaus nicht, da dem Manne an diesem kein Eigentum zusteht.

Auch bei den bona paraphernalia bewirkt die Eigenschaft der Verbrauchbarkeit keine Verfügungsbefugnis kraft Gesetzes; denn an dem Paraphernalvermögen der Frau hat der Mann nur dann Rechte und also auch das Recht der Nutznießung, wenn die Frau ihm solche ausdrücklich überträgt.

β) Nach deutschem Privatrecht.

§ 24.

Im mittelalterlichen Deutschland hatte dagegen der Mann an dem Frauengute, das sich in seiner Gewere befand, die Nutznießung. Da jedoch, wie schon erwähnt, meistens noch Naturalwissenschaft herrschte, so hatte er an fast allen beweglichen Sachen, die sich als die Tauschmittel darstellten, die Verfügungsbefugnis. Auch nach der Rezeption hielt man trotz Umgestaltung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse — es war an Stelle der

Naturalwirtschaft überall die Geldwirtschaft getreten — noch mehrfach an dem mittelalterlichen Standpunkt fest.[180])

γ) Nach preußischem Landrecht.

§ 25.

So hatte auch nach allgem. Landrecht, wo, wie heute, der gesetzliche Güterstand in der sogen. Verwaltungsgemeinschaft bestand, der Mann jedenfalls weitgehende Verfügungsbefugnisse an dem seiner Verwaltung und Nutznießung unterliegenden Frauenvermögen: Er durfte über alle eingebrachten Mobilien der Frau verfügen (vgl. ALR. II, 1 §§ 247 f.). Hierzu gehörten auch das bare Geld und die Inhaberpapiere, die wie Geld zum Umlauf bestimmt sind. Es zeigt sich mit dem heutigen Recht jedoch insofern schon eine Übereinstimmung, als der Ehemann in dem Falle der Einwilligung der Ehefrau bedurfte, wenn es sich um die Einziehung, Verpfändung oder Veräußerung solcher Kapitalien handelte, welche auf den Namen der Ehefrau oder ihrer Erblasser oder Geschenkgeber geschrieben waren (vgl. ALR. II, 1 §§ 233—239).

δ) Nach deutschem bürgerlichen Recht.

aa) Die Bestimmungen des § 1376 BGB.

§ 26.

Für die Regelung der eheherrlichen Verfügungsbefugnis im heutigen Recht hat das sächs. Bürger-

---

[180]) vgl. u. a. Stobbe, Handb. des deutschen PrivR. Bd. 4 S. 92 ff.

liche Gesetzbuch die Wege gewiesen, indem hier die Verfügungsfreiheit auf die verbrauchbaren Sachen beschränkt war.[181])

Im Entw. I § 1294 waren einige später fallen gelassene Sonderbestimmungen gegeben, die sich jedoch aus der Behandlung der eheherrlichen Nutznießung als solcher ergaben. Entw. I § 1292 besagte: Auf die dem Ehemanne an dem Ehegut zustehende Nutznießung (eheliche Nutznießung) finden die Vorschriften über den Nießbrauch Anwendung, soweit nicht aus den Gesetzen ein anderes sich ergibt. In Entw. I § 1294 wurde eine Ausnahme insofern festgesetzt, als kein Eigentumserwerb des Mannes an den verbrauchbaren Sachen nach den Regeln des uneigentlichen Nießbrauchs stattfand, also auch nicht an barem Gelde oder Geldsurrogaten. Ja, die Verfügungsbefugnis stand ihm sogar nur an den verbrauchbaren Sachen im engeren Sinne zu, nicht auch an Geld und Geldsurrogaten. Schon im Entw. II wurde jedoch der usus fructus maritalis nicht als quasi ususfructus behandelt. Entw. IIa § 1272 lautet: „Der Mann ist zum Besitz der zum eingebrachten Gut gehörenden Sache berechtigt", eine Bestimmung, die im Interesse der Sicherstellung der Frau erfolgte. Denn da der Mann nicht mehr Eigentümer der verbrauchbaren Sache der Frau wird, entsteht weder Zugriffsrecht der Gläubiger des Ehemannes noch

[181]) vgl. sächs. BGB. §§ 1655, 1674, 1675, 1677 in Verb. mit §§ 623, 625.

im Falle des Konkurses Zugehörigkeit zur Masse. Mit Wegfall des Entw. I § 1292 wurde also auch § 1294 überflüssig.

Im wesentlichen stimmt schon im Entw. II a der § 1275, der nur zugunsten besserer Orientierung in Entw. II b § 1364 durch einen unbedeutenden Zusatz geändert wurde, mit der heutigen Fassung des § 1376 BGB. überein, der, soweit er hier bei der Behandlung der Bedeutung der verbrauchbaren Sachen in Betracht kommt, folgendermaßen lautet:

„Ohne Zustimmung der Frau kann der Mann über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau verfügen . . .“

So begründet also nach geltendem Recht die Verbrauchbarkeit einer Sache nur die Verfügungsbefugnis des Ehemannes, d. h. bei verbrauchbaren Sachen — aber eben nur bei diesen — sind Rechtsgeschäfte, welche die Veräußerung, Belastung, Veränderung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts bezwecken, auch solchen Dritten gegenüber vollwirksam, die den entgegenstehenden Willen der Frau kannten.

Der § 1376 ist jedoch insofern nicht zwingendes Recht, als es der Frau freisteht, diese Verfügungsbefugnis des Mannes bezüglich der verbrauchbaren Sachen des eingebrachten Gutes bis zum Eigentum nach Maßgabe der Bestimmungen über den uneigentlichen Nießbrauch des § 1067 zu steigern. Während aber diese Steigerung bis zum Eigentum nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch § 201

Abs. 3 ipso iure stattfindet, tritt sie nach deutschem bürgerlichen Recht nur kraft besonderen Vertrages ein. Wie jedoch Schmidt-Habicht,[182] Planck[182] u. a. m. richtig hervorheben, bedarf es hierzu nicht eines Ehevertrages im Sinne des § 1432 „ebensowenig, wie es eines solchen z. B. für Schenkungen der Frau an den Mann bedürfen würde".[184] [185]

bb) Das Verfügungsrecht des Mannes an einem zum eingebrachten Gute gehörenden Erwerbsgeschäft der Frau.

§ 27.

§ 1376 BGB. bezieht sich aber auch auf die verbrauchbaren Sachen im Sinne des § 92 Abs. 2. Leider fehlt es jedoch im Bürgerlichen Gesetzbuch an der Aufstellung von Sondervorschriften hierfür.[186] Es soll darum hier untersucht werden, inwiefern und inwieweit dem Manne das Verfügungsrecht über verbrauchbare Sachen eines zum eingebrachten Gute gehörenden Erwerbsgeschäfts zusteht.

In Betracht kommen zwei Hauptfälle:

1. Die Frau betreibt das Erwerbsgeschäft selbständig,

---

182) Schmidt-Habicht, Familienrecht S. 224.

183) Planck, BGB. mit Erläuterungen, Familienrecht 3. Aufl. S. 139.

184) Schmidt-Habicht a. a. O. S. 224.

185) vgl. auch Mot. Bd. 4 S. 313.

186) vgl. Mot. Bd. 4 S. 196.

2. die Frau betreibt das Erwerbsgeschäft nicht selbständig, und zwar:
   a) der Mann betreibt das Erwerbsgeschäft im Namen der Frau,
   b) der Mann betreibt das Erwerbsgeschäft im eigenen Namen.

ad 1. Nach § 1367 BGB. ist Vorbehaltsgut, was die Frau durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt. Dieser Paragraph bedeutet gegenüber dem früheren Recht, z. B. in Preußen, Sachsen, Lübeck und Oldenburg, einen bedeutenden Fortschritt.[187]) Der selbständige Arbeitserwerb der Frau fiel zwar auch dort nicht ins Eigentum des Mannes, er hatte aber daran Verwaltung und Nutznießung.[188])

Allerdings, soweit die Frau im Sinne des § 1356 tätig ist, tritt Eigentumserwerb für den Mann ein, ebenso wie bei anderen in seinem Geschäfte oder Hause verwendeten Gehilfen.

Zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäfts ist die Frau jedoch, obwohl sie den selbständigen Erwerb meistens nur deswegen suchen wird, um zur Bestreitung des Haushalts nach besten Kräften die mangelnden Mittel des Mannes zu ergänzen, nicht verpflichtet. Es

---

[187]) vgl. ALR. II, 1 § 211; sächs. BGB. § 1668; lüb. Gesetz vom 15. 2. 1862 § 2; oldenb. Gesetz v. 24. 4. 1873 Art. 2.

[188]) Anders allgem. BGB. § 1237.

läge daher, wie Schmidt[189]) sehr richtig bemerkt, „eine über das Maß ihrer Verpflichtungen hinausgehende Arbeitsleistung der Frau vor ohne eine diesem Plus entsprechende günstigere Rechtslage". Die ratio legis geht dahin, daß es in der Tat unbillig wäre, wenn der Mann entscheiden dürfte, in welcher Weise das durch Arbeit der Frau über ihre Verpflichtung hinaus Erworbene verwendet werden soll. Durch Erklärung zum Vorbehaltsgute ist also hier dem Manne die Verfügung über verbrauchbare Sachen im Sinne des § 92 Abs. 2 mit vollem Recht entzogen.

Verwickelter liegt jedoch der Fall bezüglich der zum eingebrachten Gute gehörenden Gegenstände selbst, die der Mann der Frau zum Zwecke des selbständigen Betriebes des Erwerbsgeschäfts überläßt, ohne daß die Voraussetzungen des § 1365 vorliegen. Denn eine Bestimmung darüber, daß Waren und Kapital eines von der Frau selbständig betriebenen Geschäfts Vorbehaltungsgut sei, auch wenn es nicht im Ehevertrag ausgemacht ist, findet sich nirgends im Gesetz.

Die Motive meinen allerdings, einer solchen Bestimmung bedürfe es auch nicht.[190]) In der Überlassung der Ehegutsgegenstände liege die Einwilligung des Mannes, daß die Ehefrau über die ihr überlassenen Gegenstände zum Zwecke des gestatteten Geschäftsbetriebes verfügen

---

[189]) Schmidt. In Schmidt-Habicht a. a. O. S. 193.

[190]) Mot. Bd. 4 S. 176.

könne. Was die Tatsache anlangt, daß der Mann kraft seiner eheherrlichen Nutznießung und Verwaltung jeden Augenblick durch sein Eingreifen den Geschäftsbetrieb stören könne, tröstete man sich durch die Überlegung: „Fälle der Art werden, solange der Ehemann mit dem Betriebe des Erwerbsgeschäfts überhaupt einverstanden ist, nicht leicht vorkommen". Die Seltenheit dieser Fälle mag zugegeben werden; allein auch die bloße Möglichkeit kann vom Gesetz nicht gewollt sein, denn sonst hätte der Mann bei ausbrechenden Unhelligkeiten ein Zwangsmittel in der Hand, die Frau gefügig zu machen. „Das stimmte jedoch", wie Hachenburg[191]) richtig bemerkt, „schlecht zu dem Geiste des Gesetzes, das die Frau unabhängig machen will von dem Belieben des Mannes."

Nein, ein befriedigenderes Resultat ergibt sich aus § 1366. Ich halte es mit Hachenburg nicht für ersichtlich, warum die Reichstagskommission zum Vorbehaltsgut kraft Gesetzes die „Arbeitsgeräte" der Frau machte und nicht, wie die andere vorgeschlagene Fassung lautet, „die zur Ausübung ihres Berufes oder Erwerbs dienenden Gegenstände". Denn wenn man auch in erster Linie an jene Frauen dachte, die mit Nähmaschine, Stickereirahmen usw. arbeiten, so besitzen doch auch diese in Wolle, Garn usw. einen wenn auch noch so geringen Vorrat an umlaufenden Werten. Es muß daher „die dem § 1366 zugrunde liegende Idee dahin ausgedehnt

---

[191]) Hachenburg a. a. O. S. 392.

werden, daß dasjenige, was die Frau bei Eingehung der Ehe an Gewerbekapital in ihrem Geschäfte benutzt, ihr Vorbehaltsgut zu bleiben hat",[192]) und daß dasjenige, was aus dem eingebrachten Gut vom Manne der Frau zum selbständigen Geschäftsbetrieb überlassen ist, ihr Vorbehaltsgut wird. Durch diese extensive Interpretation schrumpft also der Teil der verbrauchbaren Sachen, über welche der Mann nach § 1376 Abs. 1 die freie Verfügung hat, erheblich zusammen.

ad 2 a. Es soll hier nicht die Ansicht derjenigen kritisch gewürdigt werden, die bei einem Betriebe des Erwerbsgeschäftes im Namen der Frau einen „unselbständigen Betrieb" überhaupt für undenkbar halten.[193]) Tatsächlich wird doch das Erwerbsgeschäft durch die allerdings nötige Einwilligung bezw. Generalvollmacht der Frau an den Mann nicht zum „selbständigen Betriebe" der Frau. Diese Einwilligung bezw. Generalvollmacht dient nicht dazu, die Rechte der gesetzlichen ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung auszuschließen, sondern überhaupt die volle Ausübung dieser Rechte zu ermöglichen. So hat der Mann auch, während das Eigentum an allen zu dem eingebrachten Erwerbsgeschäfte gehörigen Gegenständen bei der Frau verbleibt, nach § 1376 Abs. 1 die Verfügung über die zur Veräußerung bestimmten Sachen.

ad 2 b. Dasselbe muß hinsichtlich der Verfügungs-

---

192) Hachenburg a. a. O. S. 392.

193) vgl. die in Schmidt-Habicht a. a. O. S. 223 angef. Lit.

befugnis des Mannes erst recht dann gelten, wenn er im eigenen Namen das zum eingebrachten Gute gehörende Erwerbsgeschäft der Frau betreibt.

cc) Die Bestimmungen des § 1377 BGB.

§ 28.

Der § 1377 BGB. enthält nun Einschränkungen des in § 1376 dem Manne gewährten freien Verfügungsrechts. § 1377 Abs. 1 lautet:

„Der Mann soll Verfügungen, zu denen er nach § 1376 ohne Zustimmung der Frau berechtigt ist, nur zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung des eingebrachten Gutes vornehmen".

Die Fassung des § 1276 Entw. IIa: „Der Mann darf nur vornehmen" wurde schon in § 1362 Entw. IIb richtig durch das Wort „soll" ersetzt. Denn es ist hier nur an eine Ordnungsvorschrift gedacht, deren Verletzung wohl im Innenverhältnis — allerdings nur, wenn die Frau den wirtschaftlichen Maßnahmen des Mannes nicht zugestimmt hat,[194]) — Folgen haben, nach außen aber ohne Wirkung bleiben soll: Selbst wenn der Dritte bösgläubig war, ist die getroffene Verfügung gültig.

Nach Abs. 2 hat der Mann das zum eingebrachten Gute gehörende Geld „nach den für die Anlegung von Mündelgeldern geltenden Vorschriften für die Frau ver-

---

[194]) vgl. Mot. Bd. 4 S. 282.

zinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereitzuhalten ist".

Auch hier zeigt sich der Unterschied der Behandlung verbrauchbarer und nicht verbrauchbarer Sachen, denn die Motive[195] betonen ausdrücklich, daß Abs. 2 nicht für Kapitalforderungen, die zum eingebrachten Gute der Frau gehören, gilt. Bereits vorhandene oder durch Erbfall angefallene Kapitalanlagen müssen also nicht unbedingt in mündelsichere Anlagen umgewandelt werden. Der Abs. 2 gilt eben nur für Geld, gerade darum wird aber anderseits auch für die genannten Kapitalsforderungen Abs. 2 dann anzuwenden sein, wenn die Einziehung der Kapitalien nach Maßgabe einer ordnungsmäßigen Verwaltung notwendig geworden war. Unter das „Geld" des Abs. 2 fallen jedoch nicht die Zinsen des Kapitals. Diese gehören nach § 1383 dem Manne.

Abs. 3 lautet:

„Andere verbrauchbare Sachen darf der Mann auch für sich veräußern oder verbrauchen. Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, so hat er den Wert der Sachen nach der Beendigung der Verwaltung und Nutznießung zu ersetzen; der Ersatz ist schon vorher zu leisten, soweit die ordnungsmäßige Verwaltung des eingebrachten Gutes es erfordert". Wir sehen, wenn das Gesetz dem Manne auch nicht das Eigentum an denjenigen verbrauchbaren Sachen, die nicht Geld sind, zugesprochen hat, so ist es

---

[195]) Mot. Bd. 4 S. 195 ff.

doch durch weitgehendste Ausgestaltung der Verfügungsbefugnis den Anforderungen des Lebens gerecht geworden.

dd) Die Bestimmungen der §§ 1392, 1411, 1540 BGB.

§ 29.

Ferner spielen im ehelichen Güterrecht die verbrauchbaren Sachen in den §§ 1392, 1411 und 1540 eine Rolle.

Nach § 1392 kann, falls die Voraussetzungen des § 1391 vorliegen, unter denen der Mann zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, die Hinterlegung von Orderpapieren mit Blankoindossament und „von Inhaberpapieren, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören", nicht verlangt werden.

Dasselbe gilt allerdings auch von Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen. Aber hierdurch werden diese Scheine doch keineswegs zu verbrauchbaren Sachen gestempelt. Sie sollen deswegen von der Hinterlegung nicht betroffen werden, damit am Tage der Fälligkeit die Abtrennung und Präsentation der einzelnen Scheine ohne Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten vor sich gehen kann.

Nach § 1411 Abs. 2 ist der Mann, falls die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Gläubiger der Frau ohne Rücksicht auf die Verwaltung und Nutznießung des Mannes Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen können, den Gläubigern gegenüber zum sofortigen

Ersatze der von ihm nach § 1377 Abs. 3 verbrauchten oder veräußerten verbrauchbaren Sachen verpflichtet. Die Geltendmachung eines derartigen überwiesenen Ersatzanspruches ist demnach für die Gläubiger nicht an die Beendigung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes gebunden.

Planck,[196]) Schneider[197]) u. a. m. bestreiten hierbei, daß § 1411 Abs. 2 eine persönliche Verpflichtung des Mannes den Gläubigern der Frau gegenüber aufstellt. Allein aus dem Wortlaute des § 1411 Abs. 2 ergibt sich, daß eine solche persönliche Verpflichtung des Mannes den Gläubigern gegenüber kaum in Abrede gestellt werden kann. Ebenso bindet eine Vereinbarung der Ehegatten über die Zeit des Ersatzes der veräußerten oder verbrauchten Sachen die Gläubiger nicht.

§ 1540 spricht bei der Errungenschaftsgemeinschaft für die zum eingebrachten Gute des Mannes oder der Frau — nicht zum Vorbehaltsgute — gehörenden verbrauchbaren Sachen folgende Vermutung aus: „Sind verbrauchbare Sachen, die zum eingebrachten Gute eines Ehegatten gehört haben, nicht mehr vorhanden, so wird zugunsten des Ehegatten vermutet, daß die Sachen in das Gesamtgut verwendet worden seien und dieses um den Wert der Sachen bereichert sei". Zur Begründung der doppelten Vermutung:

---

[196]) Planck a. a. O. S. 162 Anm. 5.

[197]) Schneider in Fischer-Henle S. 774.

Verwendung in das Gesamtgut und Bereicherung hierdurch sollen die Motive[198]) hier selbst sprechen:

„Das Gesamtgut bildet die gemeinschaftliche Kasse, aus welcher regelmäßig alle Bedürfnisse der Ehegatten bestritten werden. Wenn daher Geld oder verbrauchbare Sachen, welche zu dem Sondergute eines Ehegatten gehört haben, nicht mehr vorhanden sind, so ist es im hohen Grade wahrscheinlich, daß sie der gemeinsamen Kasse zugeflossen, auf das Gesamtgut derart verwendet sind, daß das letztere um den Wert dieser Sachen bereichert worden ist". „In dieser Beschränkung erscheint die Vermutung als das naturgemäße Korrektiv der im § 1421 Entw. I anerkannten Vermutung."[199])

Nicht immer haben jedoch die verbrauchbaren Sachen bei der Vermutung des in Rede stehenden Paragraphen den Ausschlag gegeben. So bestand insbesondere in Württemberg, Nassau und im Geltungsgebiete der hessisch-darmstädtischen Verordnungen von 1795 die Vermutung, daß auch nicht verbrauchbare Sachen des Sonderguts auf das Gesamtgut verwendet worden seien; und noch der württembergische Entwurf und ähnlich der hessische Entwurf stellt in § 8 bezw. Artt. 505, 508 die Vermutung auf, daß alles in die eheliche Gesellschaftsverwaltung eingebrachte, nicht mehr vorhandene Vermögen für die Gemeinschaft verwendet worden sei.

---

[198]) Mot. Bd. 4 S. 517.

[199]) § 1527 BGB. (§ 1421 Entw. I) lautet: „Es wird vermutet, daß das vorhandene Vermögen Gesamtgut sei".

Von besonderer Bedeutung ist die Präsumtion des § 1540 bei Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft, indem sie den Ehegatten die Geltendmachung ihrer Ansprüche bei der Auseinandersetzung wesentlich erleichtert. Auch während bestehender Gemeinschaft ist sie insofern von praktischer Bedeutung, als sie der Frau bei der Geltendmachung ihrer aus § 1381 Abs. 2 resultierenden Ansprüche auf Ersatz verbrauchter Sachen zur Seite steht.

§ 30.

b) Bei der väterlichen Nutznießung.

Was die väterliche Nutznießung anlangt, so ist die Unterscheidung von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen im römischen Recht bedeutungslos gewesen.

Zunächst hatte ja im alten römischen Recht das Hauskind überhaupt kein aktives eigenes Vermögen; auch an dem ihm überwiesenen sogen. peculium profecticium stand das formelle Eigentum dem pater familias zu. Wirklich vermögensfähig wurde das Hauskind erst seit Augustus. Das peculium castrense und ähnlich das peculium quasi castrense wurde bald, noch ehe das Recht des Kindes auf testamentarische Bestimmung hierüber anerkannt war, als im Eigentum des Kindes stehend betrachtet. Der Vater hatte hieran ebensowenig wie an den späteren sogen. bona adventicia irregularia Verwaltung und Nutznießung, und dem Kinde stand die volle Verfügungsbefugnis hierüber zu, nur nicht bezüglich der letzteren die letztwillige Verfügung. Seit Constantin,

der die Vermögensfähigkeit der Hauskinder noch erweiterte, erhielt der Vater an den bona materna und bona materni generis ebenfalls nicht Eigentum, aber Verwaltung und Nutznießung während des Bestehens der patria potestas. Bezüglich dieser bona adventicia regularia, worunter man später alle in Verwaltung und Nutznießung des Vaters stehenden Vermögensteile des Kindes zusammenfaßte, hatte jedoch der pater familias weitgehende, nicht durch die Unterscheidung von verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen modifizierte Verfügungsbefugnis.

Im deutschen Privatrechte tritt es noch schärfer hervor, daß der Vater bezüglich der Mobilien freie Hand hatte, während die Immobilien seiner Verfügung entzogen waren; und noch das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt, ohne einen Unterschied zwischen verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen zu machen, in § 1818:

„Der Vater ist berechtigt, bewegliche Sachen der minderjährigen Kinder zu veräußern".

Nach allgem. Landrecht hingegen kann der Vater nur über Kapitalvermögen disponieren. § 169 II, 2 ALR. stellt den Grundsatz auf, „daß der Vater Kapitalien der Kinder nach Gutbefinden einziehen, anderweitig belegen, oder sich auch selbst zum Schuldner der Kinder dafür bestellen könne".[200]) Zur Verfügung über alle anderen Vermögens-

[200]) Mit drei Ausnahmen: vgl. § 169 eod. Halbs. 2.

stücke aber bedarf er der vormundschaftsgerichtlichen Einwilligung.[201])

Was das Recht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches anlangt, so erwirbt der Vater ebensowenig wie der Ehemann an dem seiner Verwaltung und Nutznießung unterliegenden Kindesvermögen Eigentum: Auch hier hat man also im Interesse der Sicherheit des Kindes von der Begründung eines quasi ususfructus abgesehen, und um das Kind noch sicherer als die Ehefrau zu stellen — was legislativ sehr wohl gerechtfertigt erscheint — hat der Vater völlig freie Verfügung nur bezüglich der verbrauchbaren Sachen im engeren Sinne, während er betreffs des Geldes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.[202])

Was die Bestimmungen des § 1659 anlangt, so entsprechen sie im wesentlichen denen des § 1411. Es sei daher auf § 29 dieser Darstellung verwiesen.

c) Im Vormundschaftsrecht.

§ 31.

Im Vormundschaftsrecht spielen die im weiteren Sinne verbrauchbaren Sachen bei der Hinterlegungspflicht[203]) eine Rolle. Diese, in den §§ 1814—1820 geregelt, bedeutet eine Schutzmaßnahme gegen die mit der

---

[201]) vgl. § 171 eod., aber auch § 172 eod.

[202]) vgl. BGB. § 1665 und bezüglich der Zeit des Werterſatzes § 1377.

[203]) BGB. § 1840.

Natur der Inhaberpapiere an sich verbundenen Gefahren.[204])

Den meisten früheren Rechten, insbesondere dem gemeinen Rechte waren jedoch ähnliche Bestimmungen unbekannt; und auch die preuß. Vormundschaftsordnung kannte eine derartige Pflicht nur als Ausnahmefall.[205])

Erst im heutigen Rechte also sind die „Inhaberpapiere, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören", insofern zur Bedeutung gelangt, als ebenso wie bei den Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen eine Hinterlegung nicht erforderlich ist.[206])

d) Bei einzelnen Rechtsinstituten.

§ 32.

Schließlich bewirkt noch in gewissen Fällen die Verbrauchbarkeit nach § 92 Abs. 2 beim Pachtrecht eine Steigerung der Nutzungs- zur Verfügungsbefugnis.

Wird nämlich das Grundstück nicht als Einheit, d. h. mitsamt dem Inventar verpachtet, sondern das Inventar nach § 587 zum Schätzungswert übernommen, so treten Bestimmungen in Kraft, welche analog dem deutschrechtlichen sogen. „Eisern-Viehvertrag" sind. Während nämlich im Falle der Verpachtung des Grundstücks als Einheit der Verpächter verpflichtet ist, das durch unge-

---

[204]) vgl. BGB. §§ 932, 935.

[205]) vgl. preuß. VormO. § 60.

[206]) Im übrigen sei auf § 29 dieser Darstellung verwiesen.

wöhnlichen Abgang, z. B. durch Viehseuche, verminderte Inventar zu ergänzen,[207] wie anderseits der Pächter den gewöhnlichen Abgang der Tiere aus den jungen zu ersetzen hat, so gilt im Falle der Übernahme des Inventars zum Schätzungswerte auch heute der deutschrechtliche Grundsatz: „Eisern Vieh stirbt nie“, d. h. der Pächter trägt die Gefahr ungewöhnlichen Abgangs; als Äquivalent dafür hat er aber nach § 588 Abs. 1 das Recht freier Verfügung über die einzelnen Stücke, wenigstens innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft. Er ist nur verpflichtet, „das Inventar als solches zum Schätzungswerte zurückzugewähren“.[208]

Auch für den Fall, daß ein Grundstück mit Inventar Gegenstand des Nießbrauchs ist, hat das Bürgerliche Gesetzbuch in § 1048 besondere Bestimmungen getroffen. Um dem Nießbraucher nicht unerträgliche Fesseln aufzuerlegen, wurde ihm an den einzelnen Stücken des Inventars ein sogen. „Dispositionsnießbrauch“ [209] gewährt, d. h. er darf über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen: er kann sie verbrauchen und veräußern.

---

[207] Sogen. Summission.

[208] Engelmann, Das deutsche bürgerl. R. 4. Aufl. S. 346.

[209] Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 2 Nr. 4 S. 15.

2. Die Steigerung des Nutzungsrechts zum Eigentum.

a) Der uneigentliche Nießbrauch an realen Sachen.

§ 33.

Am auffallendsten tritt der Unterschied zwischen verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen jedoch beim Nießbrauch schlechthin zutage. Denn beim Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen ist das Nutzungsrecht bis zum Eigentum gesteigert:

§ 1067 Abs. 1 besagt:

„Sind verbrauchbare Sachen Gegenstand des Nießbrauchs, so wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen, nach der Beendigung des Nießbrauchs hat er dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. Sowohl der Besteller als der Nießbraucher kann den Wert auf seine Kosten durch Sachverständige festsetzen lassen“.

Schon im römischen Recht konnte an verbrauchbaren Sachen ein Nießbrauch bestellt werden. Allerdings nicht ursprünglich. Denn die Legaldefinition des Nießbrauchs lautet in l. 1 D. 7,1: „usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia“. Da nun eine Benutzung salva rerum substantia von Sachen, die nur durch Verbrauch gebraucht werden können, ausgeschlossen ist, so hatte zur Zeit der römischen Republik auch die Bestellung eines Nießbrauchs, z. B. an einem ganzen Vermögen, unter Umständen nur geringen prak-

tischen Wert. Denn wenn das Vermögen zur Zeit des Todes des testamentarischen Bestellers zufällig zum größten Teile in Geld bestand, so ließ sich die Absicht des Bestellers nur in geringem Maße verwirklichen, da der Usufruktuar nur den Nießbrauch an den einzelnen nicht verbrauchbaren Sachen erhielt.

Manche, wie Puchta,[210] Held[211] und auch Hanausek,[212] behaupten allerdings, daß schon zur Zeit Ciceros die Rücksicht auf die Billigkeit wie bei anderen Rechtsverhältnissen so auch hier den Sieg über die Strenge des römischen Rechts davongetragen habe. Ich schließe mich jedoch mit Frank,[213] Bürkel,[214] Büldt,[215] wie überhaupt mit der herrschenden Lehre der zur Verneinung dieser Frage führenden Interpretation von Cicero topic. cap. III nr. 17 an.[216]

Dem immer dringender werdenden Bedürfnis jedoch, auch an verbrauchbaren Sachen den Nießbrauch zu er-

---

[210] Puchta im Rhein. Museum Jahrg. 3 Heft 1 S. 82, 83.

[211] Held a. a. O. S. 17.

[212] Hanausek a. a. O. S. 1.

[213] Frank a. a. O. S. 2.

[214] Bürkel a. a. O. S. 37.

[215] Büldt a. a. O. S. 2.

[216] Der Text dieser Stelle lautet: „Ex contrario autem (ducitur argumentum) sic: „non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim, non abusus legatus est. Ea sunt inter se contraria“.

möglichen, wurde endlich durch ein namenloses Senatskonsult[217]) entsprochen, welches anordnete: „ut omnium rerum quas in cuiusque patrimonio esse constaret, usus fructus legari possit", so daß „inductum videtur, ut earum rerum, quae usu toluntur vel minuuntur, possit ususfructus legari (l. 1 D. 7, 5).

Allein wenn auch das Senatuskonsult hiermit ein Rechtsinstitut, das ursprünglich nur für nicht verbrauchbare Sachen bestand, den verbrauchbaren Sachen freigab, so konnte es selbstverständlich nicht die Natur der Sachen ändern und verbrauchbare zu unverbrauchbaren Sachen machen. Darum sagt Gaius in l. 2 D. 7, 5 sehr richtig: „quo senatus consulto non id effectum est, ut pecuniae ususfructus proprie esset — nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit —, sed remedio introducto coepit quasi ususfructus haberi". Der Besteller konnte nicht wie beim eigentlichen Nießbrauch die „nuda proprietas" behalten, sondern es mußte, wenn anders der Quasiusufruktuar sein Nießbrauchsrecht ausüben wollte, das Eigentum an diesen übergehen. Nunmehr kann er die zum Nießbrauch gegebenen Sachen verwenden und über sie verfügen wie er will.

Mehrere Schriftsteller, unter ihnen Hanausek,[218]) sind allerdings der Ansicht, es könne an jeder Sache,

[217]) Über das Alter dieses Senatuskonsults vgl. Glück a. a. O. S. 388; Elvers a. a. O. S. 579, 580; Puchta a. a. O. S. 82, 83; Hanausek a. a. O. S. 17 u. a. m.

[218]) Hanausek a. a. O. S. 15.

also auch an einer verbrauchbaren, ein verus ususfructus begründet werden. Nur im Zweifel gäbe die Verbrauchbarkeit der Nießbrauchsache für den quasi ususfructus den Ausschlag. Allein Justinian sagt noch ausdrücklich in § 2 Inst. 2, 4: „res quae ipso usu consumuntur neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum“, und Donellus[219]) erläutert sehr richtig: „non naturali, quia re consumpta non potest salva esse rerum substantia, non civili, quia in vero usufructu haec iure civili recepta cautio est, ut fructuarius caveat, se eam rem quam accepit, quae quidem exstabit, restituturum. hoc autem de re consumpta frustra caveatur, perte praestari non potest“. Wenn daher diejenigen Schriftsteller, welche für das römisch-gemeine Recht an verbrauchbaren Sachen einen verus ususfructus für möglich halten, sich immer auf jene Stelle stützen, wo Geldstücke einem Wechsler zur Auslage in seinem Schaufenster gegeben sind, so kann ich mit Dernburg[220]) hierin keinen ususfructus, sondern nur „ein eigenartig beschränktes Nutzungsrecht“ erblicken.

Für das heutige Recht kann man allerdings den Motiven (Bd. 3 S. 534) füglich nicht abstreiten, daß es „wegen der dispositiven Natur der Rechtsregel (scil. bezüglich des Eigentumserwerbs) möglich bleibt, daß die Beteiligten den Eintritt der Rechtsnorm ausschließen und auf verbrauchbare

---

[219]) Donellus a. a. O. lib. 10 cap. 4 § 6.

[220]) Dernburg, Pand. § 249 Anm. 3.

Sachen die Vorschriften über den Nießbrauch an nicht verbrauchbaren Sachen Anwendung finden lassen". Es ist jedoch nur ein Wortstreit, ob man ein derartiges Rechtsverhältnis, das allerdings kein quasi ususfructus ist, einen verus ususfructus nennen will. Das Bürgerliche Gesetzbuch bietet zwar keine Hinderungsgründe, aber es ist zu bedenken, daß bei einem derartigen Rechtsverhältnisse der Nießbraucher nur einen ganz beschränkten, jedenfalls nicht denjenigen Gebrauch von der verbrauchbaren Sache machen kann, der ihm den größtmöglichen Nutzen gewährt.[221])

Um ein wirkliches, uneingeschränktes Nießbrauchsrecht an einer verbrauchbaren Sache zu begründen, wird vielmehr immer der Eigentumsverlust des Bestellers und der Eigentumserwerb des Bedachten erforderlich sein.

Es ist nun wohl die Rücksicht auf diesen Entstehungsgrund, wenn Glück[222]) den quasi ususfructus ebenso wie

---

[221]) Dasselbe ist von der Miete und Leihe zu sagen. Im römisch-gemeinen Recht hob l. 3 § 6 D. 13, 6: „non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem" diese Institute für die verbrauchbaren Sachen auf. Denn in einem Vermieten oder Verleihen ad pompam vel ostentationem ist ebenso wie in einem derartigen Nießbrauch nur ein eigenartig beschränktes Nutzungsrecht zu erblicken. Im heutigen Recht hingegen wird — entsprechend der allgemeinen Vertragsfreiheit — der Inhalt der Miete und Leihe stets durch Vertrag bestimmt (Überschreitung ist usus furtum). Deshalb ist die Miete und Leihe von verbrauchbaren Sachen im heutigen bürgerlichen Rechte als wahre Miete und Leihe zu bezeichnen.

[222]) Glück a. a. O. S. 390.

den verus ususfructus ein dingliches Recht nennt. Allein dem Eigentumserwerb des Usufruktuars steht doch die Rückerstattungspflicht nach Beendigung des Nießbrauchs gegenüber.

Auf dieser Tatsache fußend, fassen wieder andere, wie Elvers[223]) und Hanausek,[224]) den quasi ususfructus als rein obligatorisches Verhältnis auf.

Die richtige Meinung dürfte aber wie so häufig in der Mitte liegen, denn abgesehen vom Entstehungsgrunde wird die Geltendmachung des persönlichen Anspruchs auf Rückerstattung ausgelöst durch das Eintreten derselben Umstände wie beim eigentlichen ususfructus. Man kann daher den quasi ususfructus vielleicht mit Büldt[225]) als ein „Rechtsinstitut sui generis" auffassen; jedenfalls hat Windscheid[226]) die Natur desselben richtig erkannt, wenn er sagt: „Derselbe sei bloß für die wirtschaftliche Betrachtung Recht an fremder Sache, nach seiner juristischen Form sei er eine Verbindung von Eigentum und Obligation". Trotzdem rechtfertigt sich die heutige systematische Einreihung des uneigentlichen Nießbrauchs im Sachenrecht im Hinblick auf die historische Entwicklung des Instituts und aus Zweckmäßigkeitsrücksichten

Die dingliche und die obligatorische Natur des uneigentlichen Nießbrauchs kommt nun auch im Bürgerlichen

---

[223]) Elvers a. a. O. S. 578ff.

[224]) Hanausek a. a. O. S. 19.

[225]) Büldt a. a. O. S. 5.

[226]) Windscheid-Kipp a. a. O. S. 929 Anm. 4a.

Gesetzbuch in § 1067 klar zum Ausdruck: Der Bedachte wird Eigentümer gegen Rückerstattungspflicht. Im Prinzip also stimmt der römische quasi usus fructus mit dem Nießbrauch des § 1067 überein, von dem übrigens auch in den wesentlichen Punkten das allgem. Landrecht nicht abweicht. Jedoch in Einzelheiten zeigen sich Unterschiede, so zunächst bezüglich des Inhalts der Restitutionspflicht.

α) Unterschiede in den verschiedenen Rechtssystemen bezüglich des Inhalts der Restitutionspflicht.

§ 34.

Im Gegensatz zum eigentlichen Nießbrauch, wo bei Beendigung das zurückerstattet werden mußte, „quod inde exstat", d. h. bei Benützung wie ein vir bonus,[227] war der Quasiusufruktuar in Rom verpflichtet: „ut, quandoque mortuus aut capite deminutus sit, eiusdem qualitatis res restituatur, aut estimatis rebus certa pecunia" (l. 7 D. 7, 9).

Es bestand nun aber eine Streitfrage darüber, wann Sachen gleicher Art, und wann der Schätzungswert zu restituieren war.

Manche Schriftsteller, wie Madai,[228] Puchta,[229] Sintenis[230] u. a. m., sind der Ansicht, es bleibe im

---

227) vgl. l. 1 D. 7, 9.

228) Madai a. a. O. S. 141.

229) Puchta, Pand. § 182.

230) Sintenis, Zivilrecht S. 563 ff.

Zweifel dem Belieben des Nutznießers überlassen, ob er Sachen gleicher Art oder den Schätzungswert finito usufructu zurückgewähren wolle.

Ich glaube jedoch diese Meinung verwerfen zu müssen, denn ich halte es mit Windscheid[231]) und Frank[232]) für eine ungerechtfertigte Bevorzugung des Nießbrauchers, wenn ihm auf diese Weise die Differenz, welche sich durch Erhöhung oder Verminderung des Preises jener Sachen ergibt, zugute käme.

Bürkel,[233]) Windscheid,[234]) Hanausek,[235]) Dernburg[236]) u. a. m. nehmen allerdings dem Quasiusufruktuar die Befugnis, sich mangels besonderer dahin lautender Verabredung durch Leistung des Taxwertes zu befreien. Jedoch sagt Dernburg,[237]) jeder Teil könne „Festsetzung der Rückerstattung in Geld fordern".

Aber wenn auch die Ausführungen von Donellus[238]) zweifellos richtig sind: „. . . in vino et similibus commodius putator tollendae omnis controversiae causa, quae de bonitate rerum et quantitate incidere solet, eas res fructuario dari estimatas, ut fructuarius pro-

---

[231]) Windscheid a. a. O. S. 1046.

[232]) Frank a. a. O. S. 29.

[233]) Bürkel a. a. O. S. 44.

[234]) Windscheid a. a. O. S. 1045.

[235]) Hanausek a. a. O. S. 29.

[236]) Dernburg, Pand. § 249 S. 602.

[237]) Dernburg a. a. O. S. 602.

[238]) Donellus a. a. O. lib. X cap. 4 § 11.

mittat, quanti estimatae erunt, tantam pecuniam se restituturum“, so wird man sich doch der Ansicht Hanauseks[239]) unbedenklich anschließen können, daß „ein Recht der einen oder anderen Partei, auf Estimation zu dringen, nicht anzunehmen“ sei. Denn aus dem auf die Geldrestitution gehenden „quod et commodius est“ der l. 7 D 7, 5 ist dies ebensowenig wie aus dem § 2 J. 2, 4 (sed estimatis his satisdatur, ut tanta pecunia restituatur, quanti eae fuerint estimatae) mit Notwendigkeit herauszulesen.

Die Regel, daß nur dann, wenn es ausdrücklich ausgemacht ist, Befreiung durch Zahlung des Taxwertes eintritt, wird jedoch im römischen Recht in zwei Fällen durchbrochen.

Einmal bei Bestellung des Nießbrauchs an einer unvertretbaren Sache. „Hier ist die Estimationssumme zu restituieren, weil eine Restitution von tantundem eiusdem qualitatis praktisch kaum durchführbar wäre, gewiß aber der Parteiintention widersprechen würde.“[240]) Hierbei ist nicht bloß an die wenigen verbrauchbaren Sachen zu denken, die zugleich unvertretbar sind, sondern es können unbestritten auch für nicht verbrauchbare Sachen die Regeln des uneigentlichen Nießbrauchs Anwendung finden, wenn es die Parteien ausdrücklich so bestimmen. Sodann aber auch, wenn an solchen vertretbaren Sachen ein quasi usufructus bestellt ist, bei denen die Rückgewährung

[239]) Hanausek a. a. O. S. 30.

[240]) Hanausek a. a. O. S. 30.

von „tantundem eiusdem qualitatis“ so unverhältnismäßig schwierig wäre, daß für den Nießbraucher sein Recht illusorisch würde.

Während im römisch-gemeinen Recht, wie wir gesehen haben, die Restitutionspflicht des Quasiusufruktuars durchaus keine Alternativobligation war, wurde sie im französischen Rechte als solche normiert, indem der code civil in Art. 587 folgendes bestimmt: „si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge d'en rendre de pareille quantité, qualité et valeur ou leur estimation à la fin de l'usufruit, und Dalloz[241]) hebt noch in Anm. 6 zu Art. 587 ausdrücklich hervor: l'usufruitier devient un debiteur alternatif: il a le choix à la fin de l'usufruit de rendre des choses d'égale quantité et qualité ou le prix d'estimation à l'ouverture du droit“.

Dasselbe gilt für das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch. § 623 sächs. BGB. besagt:

„Bei einem Nießbrauch an Sachen, deren Nutzung darin besteht, daß sie verzehrt, verbraucht oder veräußert werden, insbesondere auch an einem Warenlager wird der Nießbraucher Eigentümer der Sachen, er darf sie verbrauchen und veräußern, trägt die Gefahr derselben und gewährt, sofern er sie nicht um eine bestimmte Summe

---

[241]) Dalloz, Code civil, annoté et expl. T. 1 p. 407.

angenommen hat, bei Erlöschung des Nießbrauchs nach seiner Wahl Sachen derselben Gattung und Güte oder den Wert, welchen sie zur Zeit der Entstehung des Nießbrauchs gehabt haben".

Das allgem. Landrecht jedoch bricht mit dem Prinzip der Alternativobligation, es verlangt Restitution der gleichen Anzahl Sachen von gleicher Beschaffenheit. § 173 I, 21 ALR. lautet:

„Sind verbrauchbare Sachen zum Nießbrauch gegeben worden, so wird vermutet, daß nur ebensoviel Sachen von gleicher Beschaffenheit zurückgegeben werden sollen", und

§ 121 I, 2 besagt:

„Wenn verbrauchbare Sachen jemandem zum Verbrauch vergönnt worden, so geschieht die Wiedererstattung in Sachen von gleicher Gattung und Güte".

Hierin steht das allgem. Landrecht auf demselben Standpunkte wie das österr. allgem. Privatrecht, wo auch der Nießbraucher verpflichtet war, in genere zu restituieren.[242])

Das Gegenteil davon gilt im heutigen Recht. Ebenso wie schon Entw. I § 1018 spricht es § 1067 BGB. klar aus, daß der Nießbraucher nach der Beendigung des Nießbrauchs „dem Besteller den Wert zu ersetzen" hat, „den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten", und Fischer[243]) fügt zur Erläuterung noch ausdrücklich hinzu: „Die Rück-

---

[242]) vgl. v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österr. allgem. PrivR. 1890 Bd. 1 S. 50.

[243]) Fischer a. a. O. S. 607.

gabe der nicht verbrauchten Sachen, z. B. des Restes des Warenlagers oder auch des ganzen Warenlagers, ist ausgeschlossen".

β) Unterschiede bezüglich der cautio usufructuaria.

§ 35.

Des weiteren bestimmt § 1067, und zwar in Abs. 2:

„Der Besteller kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn der Anspruch auf Ersatz gefährdet ist".

Die cautio usufructuaria spielte im römischen Recht eine weit größere Rolle als heute.

Für das ältere römische Recht wird man sogar nicht fehlgehen, mit der älteren Doktrin[244]) die Kaution als ein essentiale negotii zu betrachten: „apparet cautione non interposita nullum earum rerum usumfructum intelligi posse".[245]) Die Kaution bildete in der Tat das „Remedium",[246]) durch welches das Institut des Quasiusufrukts erst praktisch ermöglicht wurde. Ohne die Kaution nämlich hätte der Besteller des Nießbrauchs, der ja Eigentum zu übertragen hatte, da nuda pacta noch nicht klagbar waren, jeglichen Rechtsschutzes entbehrt: es wurde in jener Zeit nur eine Naturalobligation erzeugt. Selbst Elvers[247]) ist noch der Ansicht, „daß bis zur Kautions=

---

[244]) So Noodt lib. 1 cap. 20; Donellus lib. X cap. IV § 15 u. a. m.

[245]) Donellus lib. X cap. IV § 15.

[246]) vgl. l. 2 § 1 D. 7, 5.

[247]) Elvers a. a. O. S. 584.

leistung die Befugnis des Quasiusufruktuars suspendiert" ist, und daß bis dahin dem Kautionsberechtigten die fragliche Sache zusteht.

Man wird sich aber in Ansehung der Zeit, in welcher in Rom die Verpflichtung, zu restituieren, eine subsidiär gesetzliche wurde, unbedenklich den neueren Juristen, wie Glück, Sintenis, Windscheid, Hanausek[248]) u. a. m., anschließen können, welche in der cautio quasi usufructuaria nur ein naturale negotii erblicken. Denn nunmehr hatte die Kaution keine obligationsbegründende, sondern nur obligationssichernde Funktion; sie soll einer etwaigen künftigen Rechtsverletzung vorbeugen und, falls diese dennoch eintritt, die Wiederherstellung des verletzten Rechts möglich machen; eine Kaution kann daher „nie als etwas Wesentliches betrachtet werden".[249])

Abgesehen aber von den wenigen Fällen,[250]) wo gerade wie beim verus ususfructus gesetzlich dem quasi usufructus die Sicherheitsleistung erlassen war, ist sie eine cautio necessaria; solange die Kaution nicht geleistet wird, kann der Nießbraucher die Übertragung der Sachen nicht verlangen.

Was die Leistung der Kaution selbst anbelangt, so geschah sie im römischen Recht durch Stipulation mit

---

[248]) s. die Angaben bei Frank a. a. O. S. 31.

[249]) vgl. Held a. a. O. S. 70.

[250]) Auf diese soll hier nicht näher eingegangen werden.

Bürgenstellung.[251]) Für das gemeine Recht fiel die Stipulation weg, und statt der Bürgenstellung ist auch Sicherheitsleistung durch Pfänder und in deren Ermanglung die cautio iuratoria zugelassen.[252])

Die Streitfrage, ob die cautio quasi usufructuaria vom Besteller erlassen werden konnte, soll hier als für das heutige Recht unerheblich nur ganz kurz gestreift werden. Die ältere Doktrin leugnet diese Möglichkeit gemäß ihrer Ansicht, daß die cautio ein Essentiale sei, während sie von den neueren Juristen in den meisten Fällen bejaht wird. Nur der Erblasser soll die Kaution dem Legatar nicht erlassen dürfen. Diese Ansicht ist allerdings sowohl bezüglich des wahren als des uneigentlichen Nießbrauchs nicht unbestritten.

Manche Juristen, wie Böcking,[253]) Elvers,[254]) Hanausek[255]) und Dernburg,[256]) bejahen diese Möglichkeit.[257])

Mir scheint jedoch die Ansicht, die Glück,[258])

---

[251]) vgl. § 2 Inst. 2, 4; l. 8 D. 7, 5 und l. 13 pr. D. 7, 1.

[252]) vgl. auch die bei Hanausek a. a. O. S. 32 Anm. 2 angeführte Literatur und Fälle aus der Praxis.

[253]) Böcking, Pand. § 165 Abs. 44.

[254]) Elvers a. a. O. S. 554 f.

[255]) Hanausek a. a. O. S. 37 f.

[256]) Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 248 I.

[257]) Auch v. Schey für das österr. allgem. PrivR.; vgl. Schey a. a. O. S. 51 Anm. 31.

[258]) Glück a. a. O. § 654.

Sintenis,[259] Windscheid,[260] Frank[261] u. a. vertreten, wegen des Wortlauts der Quellenstellen, der die Unzulässigkeit des testamentarischen Erlasses klar ausspricht,[262] und außerdem auch aus rechtlichen und praktischen Gründen den Vorzug zu verdienen. Denn sehr richtig bemerkt Sintenis: Falls dem Testator der Kautionserlaß gestattet wäre, so „könnte der Testator in das künftige Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher so tief eingreifen, daß die Möglichkeit verschwände, künftig das Recht des ersten durchzusetzen, und diese Ungewißheit könnte so störend auf andere rechtliche Verhältnisse wirken, daß die für diese geltenden Normen sich gar nicht zur Anwendung bringen lassen".[263]

Jedenfalls muß aber für das römisch-gemeine Recht daran festgehalten werden, daß die Pflicht der Kautionsleistung für den Nießbraucher immer bestand; mag der Besteller sie auch in einigen Fällen haben erlassen dürfen: fordern durfte er sie immer,[264] und dies auch dann, wenn in der Person des Nießbrauchers kein Grund zur Annahme der Gefährdung des Restitutionsanspruches lag.

Es ist hier, weil mit dem verus ususfructus

---

[259]) Sintenis a. a. O. § 59 S. 562.

[260]) Windscheid a. a. O. § 204.

[261]) Frank a. a. O. S. 34.

[262]) vgl. l. 7 C. 6, 54; l. 6 pr. D. 36, 4 u. l. 1 C. 3, 33.

[263]) Sintenis a. a. O. § 59.

[264]) Mit ganz beschränkten Ausnahmen.

übereinstimmend und für das heutige Recht unerheblich, auf die Begründungsarten des quasi ususfructus nicht eingegangen worden. Für das österr. allgem. Privatrecht spielt hinsichtlich der Kaution die Begründung allerdings insofern eine Rolle, als im Falle testamentarischer Zuwendung der Quasiusufruktuar schlechthin kautionspflichtig ist.[265] Sonst nur bei „Gefahr", denn § 520 allgem. BGB. besagt:

„In der Regel kann der Eigentümer von dem Gebrauchsberechtigten oder Fruchtnießer nur bei einer sich äußernden Gefahr die Sicherstellung der Substanz verlangen. Wird sie nicht geleistet, so soll die Sache entweder dem Eigentümer gegen eine billige Abfindung überlassen oder nach Umständen in gerichtliche Verwaltung gegeben werden".

Bezüglich des Erfordernisses der Kautionsstellung des Quasiusufruktuars stimmen mit dem römischgemeinen Rechte alle diejenigen neueren Gesetzbücher überein, welche die Kautionspflicht auch beim eigentlichen Nießbrauch kennen.

Der code civil bestimmt in Art. 601, allerdings unmittelbar nur für den eigentlichen Nießbraucher:

„Il donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit ..." Aber in Anm. 4 u. 5 zu Art. 587, der vom Quasiusufrukt handelt, hebt Dalloz noch besonders hervor:

---

[265]) vgl. v. Schey a. a. O. S. 51.

„Pourque la quantité livrée soit exactement restituée à la fin de l'usufruit, il faut: . . . que le quasi-usufruitier donne caution de restituer l'équivalent de ce qu'il reçoit".

Ebenso besagt § 629 BGB.:

„Auch bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen und an Forderungen gilt die Pflicht zur Sicherheitsleistung".

Das preuß. Landrecht hingegen kennt ebensowenig wie beim eigentlichen beim uneigentlichen Nießbrauch eine Kautionspflicht. Das Bürgerliche Gesetzbuch folgt im § 1067 Abs. 2 demselben und gibt dem Besteller nur dann ein Recht auf Sicherheitsleistung, wenn der Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet ist.

Es soll hier am Schlusse der Abhandlung über den uneigentlichen Nießbrauch an realen Sachen noch darauf hingewiesen werden, daß zwischen dem Quasiusufrukt an Geld und dem Darlehn eine große Ähnlichkeit besteht. Ja, es hat sogar nicht an Stimmen gefehlt, welche jede Unterscheidung leugneten.[266] Andere begnügen sich mit der einfachen Feststellung der Tatsache oder einer mehr äußerlichen Aufzählung der Verschiedenheiten.[267] Es soll jedoch hier ebensowenig wie auf das depositum irregulare auf das Darlehn eingegangen werden, da beide Institute

---

[266]) s. die Zitate bei Glück a. a. O. S. 412 ff.

[267]) Glück a. a. O. S. 413; Sintenis a. a. O. S. 559; Held a. a. O. S. 34 f.; Frank a. a. O. S. 9 ff.

ihre Normen nicht aus der Verbrauchbarkeit, sondern aus der Vertretbarkeit der Sachen schöpfen. Bezüglich der Grenzlinie von Quasiususfrukt an Geld und Darlehn verweise ich auf Hanausek,[268] der das Problem scharf erfaßt hat.

b) Der Nießbrauch an Rechten und an einem Vermögen.

§ 36.

Auch bei dem Nießbrauch an Forderungen spielen die verbrauchbaren Sachen eine Rolle.

Es soll hier nicht auf dieses Problem des „Rechtes am Rechte", das im römisch-gemeinen Rechte eine so große Streitfrage hervorrief, näher eingegangen werden. Denn umfangreich genug ist schon die Literatur hierüber,[269] und die Streitfrage steht nur in mittelbarer Beziehung zum Thema.

Bezüglich der Geldforderungen, die hier neben den auf Leistung anderer verbrauchbarer Sachen gerichteten Forderungen ausschließlich in Betracht kommen, darf man für das römische Recht mit Dernburg annehmen, daß der Nießbraucher Geldforderungen wie ein Zessionar einziehen konnte und dem Besteller Kaution für die Erstattung einer entsprechenden Summe zu leisten hatte. Auch nach heutigem Recht gilt bei Leistung verbrauchbarer Sachen an den Nießbraucher die Vorschrift des § 1067:

[268]) Hanausek a. a. O. S. 161 ff.

[269]) vgl. die Zitate bei Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 603 Anm. 8.

Der Nießbraucher erwirbt das Eigentum an diesem (§ 1075 Abs. 2). Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Nießbrauchsforderung von vornherein auf eine verbrauchbare Sache ging, oder ob sie sich erst nachträglich, z. B. wegen Nichterfüllung in eine Geldforderung verwandelt hat.

Beim Nießbrauche an verzinslichen Forderungen durfte in Rom der Nießbraucher wohl auch das Recht der Verfügung über das Kapital gehabt haben.[270] Mit Recht bemerkt Bürkel[271]: „In diesen Stellen wird der Usufruktuar der Forderung für verpflichtet erklärt, die Kaution des Senatuskonsults zu stellen. Hätte der Usufruktuar, wie manche annehmen, bloß das Recht zum Zinsengenuß, so wäre kein Grund zu einer Kaution vorhanden".

Das allgem. Landrecht hingegen behandelt in den §§ 101 ff. I, 21 den Nießbrauch an Kapitalien als eigentlichen, und auch im Bürgerlichen Gesetzbuch wird der Nießbraucher einer auf Zinsen stehenden Forderung nicht etwa Zessionar der Kapitalsforderung, es sind vielmehr in den §§ 1077—1079 Sondervorschriften gegeben. So kann z. B. der Schuldner das Kapital nur an den Nießbraucher und den Gläubiger gemeinsam zahlen.

Auch für den Nießbrauch an Inhaber- und Orderpapieren, die mit Blankoindossament versehen sind, gelten nach den §§ 1081—1083 BGB. besondere Bestimmungen.

---

[270] vgl. l. 24 pr. Dig. 32, 2; l. 3 D. 7, 5 und l. 1 C. 3, 33.

[271] Bürkel a. a. O. S. 62.

Gehört jedoch ein solches Papier nach § 92 Abs. 2 zu den verbrauchbaren Sachen, so tritt Eigentumserwerb gegen Verpflichtung zum Wertersatz nach § 1067 ein (vgl. § 1084).

Was den Nießbrauch an einem Vermögen anlangt, so gilt in § 1086 Satz 1 die Regel, daß die Gläubiger des Bestellers, soweit ihre Forderungen vor der Bestellung entstanden sind, ohne Rücksicht auf den Nießbrauch Befriedigung aus den dem Nießbrauch unterliegenden Gegenständen verlangen können. Soweit aber verbrauchbare Sachen zum Vermögen gehören und der Nießbraucher daher nach den Vorschriften der §§ 1067, 1075 Abs. 2, 1084 Eigentum daran erlangt hat, tritt kraft Gesetzes, ohne daß es einer gerichtlichen Überweisung des Ersatzanspruches an die Gläubiger bedürfte, an die Stelle der Sachen der Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Wertes; der Nießbraucher ist den Gläubigern gegenüber, abweichend von den §§ 1067, 1075 Abs. 2, 1084, zum sofortigen Ersatze verpflichtet (§ 1086 Satz 2).

c) Die Vermutung bei der Einbringung verbrauchbarer Sachen in eine Gesellschaft.

§ 37.

Es erübrigt noch, auf die Vermutung einzugehen, welche das Recht an die Einbringung verbrauchbarer Sachen in eine Gesellschaft geknüpft hat. Für das römische Recht muß bei der Konferierung verbrauchbarer Sachen eine societas quoad sortem angenommen werden. Denn solche Sachen können eben, wie auch

v. Vangerow[272]) betont, nicht anders gebraucht werden als mit Vernichtung des bisher daran bestehenden Eigentumsrechtes. Dies zeigt sich besonders, wenn die Sozietätsbeiträge in Geld bestehen; gehen nämlich die von einem Sozius konferierten Gelder durch Zufall verloren, so trifft der Schaden nicht ihn allein, sondern die Sozietät.[273])

Demgegenüber bedeuten die in § 202 I, 17 gegebenen Bestimmungen des preuß. Landrechts einen Rückschritt:

„Sind Grundstücke ohne Zuschreibung und Mobilien ohne Taxe der Sozietät überlassen, so wird vermutet, daß sie derselben bloß zum Gebrauche geliehen werden“.

Hier werden sogar vertretbare und unvertretbare Sachen gleichbehandelt. Die Verbrauchbarkeit bewirkt keinen Unterschied.

Aber schon der code civil knüpft wieder in Art. 1851 Abs. 2 an die Verbrauchbarkeit eines eingebrachten Gegenstandes die folgende Vermutung:

„Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues ... elles sont aux risques de la société“.[274])

Hiermit übereinstimmend lautet § 1183 allgem. BGB.

„Wenn Geld, verbrauchbare ... Sachen eingelegt werden, so ist nicht nur der daraus verschaffte Nutzen,

---

[272]) v. Vangerow, Lehrb. d. Pandektenrechts Bd. 3 7. Aufl. § 651 Anm. 2.

[273]) vgl. l. 58 § 1 h. t.

[274]) vgl. dagegen Art. 1851 Abs. 1.

sondern auch der Hauptstamm in Rücksicht der Mitglieder, welche hierzu beigetragen haben, als ein gemeinschaftliches Eigentum anzusehen".

Das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt hingegen in § 1366:

„Geht der Zweck der Gesellschaft auf gemeinschaftlichen Erwerb, so ist zu vermuten, daß wenn vertretbare Sachen eingebracht werden, eine Gemeinschaft des Eigentums, wenn unvertretbare Sachen eingebracht werden, eine Gemeinschaft der Benutzung besteht". Da das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch an anderer Stelle[275]) vertretbare von verbrauchbaren Sachen scheidet, so wird man auch in § 166 beide Begriffe nicht promisque gebrauchen dürfen.

Aber schon das alte Handelsgesetzbuch entspricht den heutigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, wenn es in Art. 91 die Vermutung aufgestellt:

„Wenn Geld oder andere verbrauchbare Sachen . . . in die Gesellschaft eingebracht werden, so werden diese Gegenstände Eigentum der Gesellschaft", denn das heutige geltende Recht bestimmt in § 706 Abs. 2 BGB.[276]):

„Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen".

Die §§ 2116 u. 2325 Abs. 2 bedürfen keiner besonderen Erläuterung. Nach § 2116 wird der Vorerbe in Ansehung

275) vgl. sächs. BGB. §§ 61 u. 623.

276) vgl. § 631 Entw. II a.

der Inhaberpapiere, die nach § 92 zu den verbrauchbaren Sachen gehören, ebenso hinsichtlich der Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine von der Hinterlegungspflicht befreit; und nach § 2325 Abs. 2 kommt eine verbrauchbare Sache, die ein Pflichtteilsberechtigter als Ergänzung des Pflichtteils erlangt, mit dem Werte in Ansatz, den sie zur Zeit der Schenkung hatte.

C. Schluß.

§ 38.

Infolge der Fülle des Stoffes, der auch mit dem Gesagten noch nicht völlig erschöpft ist,[277] ist es nicht immer angängig erschienen, in jedem einzelnen Falle innerlich zu begründen, warum die Rechtsordnung die einzelnen Rechtsinstitute, deren Abänderung durch die Natur der Verbrauchbarkeit bedingt wurde, gerade so und nicht anders ausgestaltet hat.

Es soll hier zum Schluß jedenfalls aber noch einmal zusammengefaßt werden, daß diese Abänderungen oder gar Aufhebungen — man denke z. B. an die Miete und Leihe im römisch-gemeinen Recht — alles andere als willkürliche gewesen sind, sondern daß ein jedes Rechtssystem und insbesondere auch das heute geltende Recht hierbei notwendigerweise durch die juristische Formulierung des Begriffs der Verbrauchbarkeit bestimmt worden ist.

Insofern diese freilich als Kristallisierung der veränderlichen Volks- und Verkehrsanschauung im Laufe der Zeiten selbst einer wenn auch nicht immer auffälligen Wandlung unterworfen war, änderten sich in entsprechender Weise bei den umzugestaltenden Rechtsinstituten Momente

---

[277]) Man denke z. B. an das „essende Pfand" oder den „Mußteil" im deutschen PrivR.

sekundärer Natur. Ich denke hier z. B. an die in den verschiedenen Rechtssystemen beim uneigentlichen Nießbrauch verschieden gestaltete Kautionspflicht.

Da aber der Begriff der Verbrauchbarkeit nicht aus juristischen Abstraktionen hervorgegangen ist, sondern zu sehr in der Wirklichkeit wurzelt, die sich einer willkürlichen Rechtsgestaltung widersetzen würde, so kehrt, wie wir gesehen haben, in allen erörterten Rechtssystemen in Ansehung der Rechtsverhältnisse, welche die Überlassung verbrauchbarer Sachen zur Benutzung zum Inhalt haben, das eine Hauptmoment immer wieder: Steigerung des Rechts des Nutznießers zur Verfügungsbefugnis oder aber Eigentum, je nachdem es notwendig erschien, dem anderen Teile größere oder geringere Sicherheit zu gewähren.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Am 23. August 1885 wurde ich, Georg Hans Walther Hoffmann, zu Görlitz als Sohn des verstorbenen Fabrikbesitzers August Hoffmann und seiner Ehefrau Clara, geb. Kühn, geboren.

Der Staatsangehörigkeit nach Preuße, besuchte ich, der evangelischen Konfession angehörend, das humanistische Gymnasium Augustum meiner Vaterstadt, das ich Ostern 1905 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Hierauf studierte ich an den Universitäten München, Berlin und Breslau Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar 3 Semester in München, 1 Semester in Berlin und 2 Semester in Breslau.

Ich hörte folgende Professoren und Privatdozenten: in München v. Amira, v. Bechmann, Brentano, Grueber, Hellmann, Lotz, v. Mayr, v. Seuffert und Sinzheimer; in Berlin Bornhak, Gierke, Hübler, v. Liszt, Mendel †, Sering, Straßmann, Strauch und Wolff; in Breslau Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Klingmüller, Leonhard, Schott und Wolf.

Es sei mir auch an dieser Stelle gestattet, meinen verehrten Lehrern meinen aufrichtigsten Dank auszusprechen.

Am 23. Juli 1908 bestand ich die erste juristische Prüfung, am 30. Juli das Rigorosum.

Am 10. August 1908 wurde ich zum Referendar ernannt und dem Kgl. Amtsgericht in Landeshut i. Schles. zur Ausbildung überwiesen. Da ich inzwischen meiner Militärpflicht genügt habe, befinde ich mich auch noch gegenwärtig hier im Vorbereitungsdienst.